

Mauro Messias

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

teoria e prática | 2ª Edição

Prefácio por Renato Brasileiro de Lima

Contém:

- Atualização conforme a Lei Anticrime (Lei 13.964/2019)
- Passo a passo detalhado e modelos digitais para membros do MP, Judiciário, OAB e Defensoria Pública
- Fluxograma do acordo de não persecução penal



Lumen Juris

Direito

Mauro Messias

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

teoria e prática

Prefácio por Renato Brasileiro de Lima

Contém:

Atualização conforme a Lei Anticrime
(Lei 13.964/2019)

Passo a passo detalhado e modelos
digitais para membros do MP, Judiciário,
OAB e Defensoria Pública

Fluxograma do acordo de não persecução
penal

EDITORA LUMEN JURIS
RIO DE JANEIRO
2020



www.lumenjuris.com.br

Editor

João Luiz da Silva Almeida

Conselho Editorial

Abel Fernandes Gomes	Gina Vidal Marcilio Pompeu	Luiz Henrique Sormani Barbugiani
Adriano Pilatti	Gisele Cittadino	Manoel Messias Peixinho
Alexandre Bernardino Costa	Gustavo Noronha de Ávila	Marcelo Pinto Chaves
Ana Alice De Carli	Gustavo Sénéchal de Goffredo	Marcelo Ribeiro Uchôa
Anderson Soares Madeira	Jean Carlos Dias	Márcio Ricardo Staffen
André Abreu Costa	Jean Carlos Fernandes	Marco Aurélio Bezerra de Melo
Beatriz Souza Costa	Jeferson Antônio Fernandes Bacelar	Marcus Mauricius Holanda
Bleine Queiroz Caúla	Jerson Carneiro Gonçalves Junior	Maria Celeste Simões Marques
Bruno Soeiro Vieira	João Marcelo de Lima Assafim	Murilo Siqueira Comério
Daniela Copetti Cravo	João Theotonio Mendes de Almeida Jr.	Océlio de Jesus Carneiro de Moraes
Daniele Maghelly Menezes Moreira	José Emílio Medauar	Ricardo Lodi Ribeiro
Diego Araujo Campos	José Ricardo Ferreira Cunha	Roberto C. Vale Ferreira
Enzo Bello	José Rubens Morato Leite	Salah Hassan Khaled Jr.
Firly Nascimento Filho	Josiane Rose Petry Veronese	Sérgio André Rocha
Flávio Ahmed	Leonardo El-Amme Souza e Silva da Cunha	Simone Alvarez Lima
Frederico Antonio Lima de Oliveira	Lúcio Antônio Chamon Junior	Valter Moura do Carmos
Frederico Price Grechi	Luigi Bonizzato	Vicente Paulo Barreto
Geraldo L. M. Prado	Luis Carlos Alcoforado	Vinícius Borges Fortes

Conselheiros beneméritos

Denis Borges Barbosa (*in memoriam*)
Marcos Juruena Villela Souto (*in memoriam*)

Filiais

Sede: Rio de Janeiro
Rua Octávio de Faria, nº 81 – Sala 301
CEP: 22795-415 – Recreio dos Bandeirantes
Rio de Janeiro – RJ
Tel. (21) 3933-4004 / (21) 3249-2898

Minas Gerais (Divulgação)
Sergio Ricardo de Souza
sergio@lumenjuris.com.br
Belo Horizonte – MG
Tel. (31) 9-9296-1764

São Paulo (Distribuidor)
Rua Sousa Lima, 75
CEP: 01153-020
Barra Funda – São Paulo – SP
Telefax (11) 5908-0240

Santa Catarina (Divulgação)
Cristiano Alfama Mabilía
cristiano@lumenjuris.com.br
Florianópolis – SC
Tel. (48) 9-9981-9353

Copyright © 2020 by Mauro Messias
Categoria: Direito Processual
PRODUÇÃO EDITORIAL
Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

Conversão para Epub: Rosane Abel
A LIVRARIA E EDITORA LUMEN JURIS LTDA.

não se responsabiliza pelas opiniões emitidas nesta obra por seu Autor.
É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art. 184 e §§, e Lei nº 6.895, de 17/12/1980), sujeitando-se a busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº 9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Livraria e Editora Lumen Juris Ltda.

CIP-BRASIL. CATALOGAÇÃO-NA-FONTE

M585a Messias, Mauro
Acordo de não persecução penal : teoria e prática / Mauro Messias ;
prefácio por Renato Brasileiro de Lima. – 2. ed. – Rio de Janeiro : Lumen
Juris, 2020.

Epub 2834kb

ISBN 978-65-5510-153-9

1. Direito processual penal. 2. Justiça consensual. 3. Persecução penal -
Brasil. 4. Código de Processo Penal. I. Lima, Renato Brasileiro de. II. Título.

CDD 345

Ficha catalográfica elaborada por Ellen Tuzi CRB-7: 6927

À Manuela Messias, minha filha, meu amor.

*“Um dia, nós viveremos como cavalos
Rédeas livres dos velhos arreios de ferro”*

Sir Elton John
Live Like Horses

Sumário

Prefácio à 2ª edição

Prefácio à 1ª edição

Nota do autor à 2ª edição

Lista de abreviaturas

1 O acordo de não persecução penal

1.1 Breve conceituação

1.2 Implementação

1.3 Cabimento

1.3.1 Tabela de vedações

1.3.2 Antigas vedações

1.3.3 Arquivamento

1.3.4 Aferição da pena mínima em abstrato. Aplicação analógica de súmulas do STF e do STJ

1.3.5 Crimes culposos com resultado violento. Violência imprópria. Crime preterdoloso

1.3.6 Transação penal. Linha do tempo dos três principais benefícios negociais

1.3.7 Reincidência. Conduta criminal habitual, reiterada ou profissional

1.3.8 Pessoa jurídica e crimes ambientais. Disregard doctrine

1.3.9 Crimes de abuso de autoridade

1.3.10 Discricionariedade

1.3.11 Recusa pelo Ministério Público após provocação do investigado

1.4 Condições a serem pactuadas

1.4.1 Pena ou condição livremente assumida?

1.4.2 A inaplicabilidade da Resolução n.º 154/2012 do CNJ

1.4.3 Os “falsos” acordos penais

1.4.4 Condições possíveis de serem ajustadas. Übermassverbot e untermassverbot. Win-win negotiations

1.4.5 Danos causados por crimes ambientais. Reparação in integrum

1.4.6 Renúncia a armas de fogo de uso permitido

1.4.7 O acordo de não persecução total. Crimes praticados contra a

Administração Pública

1.4.8 Renúncia do investigado a recursos interpostos

1.4.9 Renúncia do Ministério Público a requerimentos cautelares já formulados

1.5 Descumprimento justificado e injustificado. Fungibilidade, novação e direito de justificação

1.5.1 Não oferecimento de suspensão condicional do processo

1.5.2 Não restituibilidade da obrigação parcialmente cumprida

1.6 Natureza jurídica da confissão

1.6.1 Brady material e a supressão de evidência favorável à defesa

1.6.2 Magnus consensus e condição de evitação da denúncia

1.6.3 Venire contra [p]actum proprium

1.6.4 Proteção à confissão consensualmente obtida. De lege ferenda e de lege lata

1.6.5 Autos apensos. A hipótese de desentranhamento da confissão

1.6.6 A audiência de custódia

1.7 Contraditório e ampla defesa, presunção de inocência e devido processo legal

1.7.1 Contraditório e ampla defesa

1.7.2 Presunção de inocência

1.7.3 Devido processo legal

1.8 Reparação do dano causado à vítima. A centralidade do ofendido

1.9 Convite/notificação e audiência extrajudicial

1.10 Homologação do acordo e fiscalização das condições

1.10.1 Natureza jurídica da homologação

1.10.2 Papel do juiz na homologação

1.10.3 Aglutinação de audiências

1.10.4 Acordo homologado ou recusado

1.10.5 Fiscalização

2 Princípio da oportunidade da ação penal pública: os acordos de não processar

2.1 Pactum de non petendo ou acordo de imunidade condicional

2.2 Direito comparado

2.3 Confusão com o plea bargaining norte-americano

2.4 O caminho político-criminal sem volta. Ausência de interesse de agir

2.5 A morosidade processual

- 2.6 O colapsante sistema prisional no Brasil
- 2.7 A (in)validade do artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP
 - 2.7.1 As ações diretas de inconstitucionalidade
 - 2.7.2 Argumento da força de norma primária
 - 2.7.3 Argumento da presunção de constitucionalidade
 - 2.7.4 Argumento da ausência de matéria processual
 - 2.7.5 Argumento da ausência de matéria penal
- 2.8 Nova natureza penal do acordo de não persecução
- 2.9 O acordo de não continuidade da persecução penal
- 2.10 O acordo de não representação infracional
- 2.11 O acordo de não persecução penal adesivo ou bifurcado
- 3 Roteiro de atuação e modelos digitais para membros do MP, Judiciário, OAB e Defensoria Pública
 - 3.1 Primeiro passo
 - 3.2 Segundo passo
 - 3.3 Terceiro passo
 - 3.4 Quarto passo
 - 3.5 Quinto passo
 - 3.6 Sexto passo
 - 3.7 Sétimo passo
 - 3.8 Oitavo passo
 - 3.9 Nono passo
 - 3.10 Fluxograma
- Referências
- Anexos
- Fluxograma: imagem ampliada e girada
- Artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, com a redação dada pela Resolução n.º 183/2018, também do CNMP
- Artigo 28-A do Projeto Anticrime
- Artigo 28-A do Projeto de Segurança Pública

Prefácio à 2ª edição

Na sistemática adotada pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime), cuida-se, o acordo de não persecução penal, de negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do *Parquet* de não perseguir judicialmente o caso penal extraído da investigação penal, leia-se, não oferecer denúncia, declarando-se a extinção da punibilidade caso a avença seja integralmente cumprida.

Vários são os fatores que justificaram a sua criação, originariamente pela Resolução n. 181 do CNMP, e, posteriormente, pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19): a) exigência de soluções alternativas no processo penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves; b) priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves; c) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.

Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não persecução penal guarda relação muito próxima com o *princípio da oportunidade*, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição. Enfim, representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves.

E é exatamente desse importantíssimo tema que trata o livro que ora tenho a honra de prefaciar. De autoria do meu estimado colega de Ministério Público (MP/PA) e Professor de Direito Penal e Processual Penal Mauro Messias, a obra “Acordo de não persecução penal: teoria e prática”, em sua 2ª edição, devidamente atualizada à luz do Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), aborda com profundidade ímpar na doutrina nacional todos os detalhes acerca desse novel negócio jurídico passível de celebração em sede processual penal, consolidando uma nítida onda de expansão legislativa da justiça consensual na área criminal, à semelhança de tantos outros institutos já existentes (v.g., transação penal, suspensão condicional do processo, etc.).

Nenhum detalhe atinente ao tema ficou sem a devida atenção por parte do autor. De fato, todos os temas intrincados e atuais do acordo de não persecução penal, como a sua natureza jurídica, discricionariedade ou direito subjetivo do acusado, natureza das condições a serem pactuadas, (im) possibilidade de celebração do acordo por ocasião da realização da audiência de custódia, princípio da oportunidade da ação penal pública, etc., foram abordados nesta obra, que se apresenta bastante completa e de utilidade singular não só para o acadêmico, senão sobretudo para o Profissional do Direito, notadamente para os membros do Ministério Público brasileiro.

Que a obra tenha, então, o merecido acolhimento.

Renato Brasileiro de Lima

Promotor da Justiça Militar da União

Prefácio à 1ª edição

A busca do justo é a grande missão do direito penal. Proteger os bens jurídicos com efetividade, inibindo novas práticas ilícitas e aplicando ao infrator a reprimenda proporcional ao dano que causou é o grande desafio do aplicador da lei penal.

O Ministério Público tem se esmerado nos últimos trinta anos, desde quando tornou-se o titular exclusivo da ação penal pública por mandamento da Constituição de 1988, a vencer este desafio de modo fiel ao devido processo legal.

Esta obra é a mais recente resposta a este desafio. O autor dá um testemunho positivo da experiência com acordos de não persecução penal, um instrumento jurídico respaldado pela Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, que tenho a honra de presidir. Ele anota que o acordo de não persecução penal serve ao propósito de dar resolutividade à persecução penal e é útil ao mandamento do Ministério Público brasileiro no desempenho de sua árdua missão constitucional.

O projeto que fundamenta a análise feita neste livro foi desenvolvido na Promotoria de Justiça de Altamira, no interior do Estado do Pará, em área importante de nossa grandiosa Amazônia. A análise inclui o debate conceitual sobre o tema e as peculiaridades do acordo de não persecução penal. A experiência é inédita e inovadora, pois afirma uma outra vertente da *justiça penal negociada*, de característica extrajudicial, afirmando o papel central que o Ministério Público tem na área criminal, de promotor da paz social, notadamente em relação às condutas que mais severamente ferem os valores protegidos pela ordem jurídica.

O leitor poderá, por meio desta publicação, conhecer aspectos dos parâmetros que delimitam o acordo penal, suas dimensões teóricas, as implicações na legislação processual, conhecer o tutorial de atuação, peças procedimentais e principalmente aferir os impactos e resultados sociais que derivam do uso deste instrumento jurídico. Poderá, deste modo, aquilatar em que situações ele revela-se útil para promover justiça.

Algumas virtudes do acordo de não persecução penal foram destacados pelo ilustre Promotor de Justiça, notadamente a simplificação dos procedimentos, celeridade, impactos sobre o infrator, satisfação dos interesses da vítima, descongestionamento das varas criminais e sua adequação para resolver conflitos penais de menor gravidade.

Ao idealizar o projeto e coordenar os trabalhos que viabilizaram acordos de não persecução penal, o autor credenciou-se a fazer a análise que ora apresenta à comunidade jurídica brasileira, de um modo que merece ser estudado com atenção.

Brasília, 17 de julho de 2019

Raquel Elias Ferreira Dodge

Procuradora-Geral da República

Nota do autor à 2ª edição

A 1ª edição deste livro surgiu no interior do projeto “MP Consensuado: Desburocratizando a Justiça Criminal”, que, à época da vigência da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, buscou incentivar juristas a aplicar o novel acordo de não persecução penal. Ajudamos membros do Ministério Público, juízes, advogados e defensores públicos a refletir sobre esse inovador instrumento negocial, dando maior celeridade à resolução de casos penais no país e reduzindo a morosidade processual que assola o Poder Judiciário. Tamanho o impacto dessa iniciativa, o projeto recebeu cinco premiações, duas delas a nível nacional, inclusive a de maior expressão dentro do Ministério Público brasileiro: o Prêmio CNMP.

Sabemos que “projeto” significa uma iniciativa ou esforço temporário até que o objetivo inicial seja alcançado. Assim, tanto por conta do número de exemplares da 1ª edição desta obra compartilhados com profissionais e estudantes do Brasil inteiro, quanto em razão do advento da Lei Anticrime (Lei n.º 13.964/2019), parece-nos que a nossa iniciativa vem, paulatinamente, esgotando o seu propósito inicial – o que, certamente, nos faz vibrar. Sim, projetos são idealizados para produzir **frutos** e, um dia, acabar.

Nesse espírito, a 2ª edição desta obra nasce em um momento de (1) afirmação legislativa do acordo de não persecução penal, (2) amadurecimento teórico e prático desse tipo de avença, existente há mais de dois anos sob o pálio da Resolução n.º 181/2017 do CNMP e (3) valorosa contribuição por parte de colegas juristas e alunos, que enviaram a este autor diversas provocações doutrinárias, suscitaram dúvidas e – os mais afáveis – pediram *bis*. Deixo, pois, um agradecimento especial às pessoas que, cada uma a seu modo, contribuíram para o aperfeiçoamento deste trabalho.

Espero que a 2ª edição produza bons **frutos**. Um forte abraço.

Belém, Carnaval de 2020.

Mauro Messias.

Lista de abreviaturas

ACO	Ação Civil Originária
ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AP	Ação Penal
ARE	Recurso Extraordinário com Agravo
CCR	Câmara de Coordenação e Revisão
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CNPG	Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil de 2015
CPP	Código de Processo Penal
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
HC	<i>Habeas Corpus</i>
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
Min.	Ministro
MS	Mandado de Segurança
NPA	<i>Non-Prosecution Agreement</i>
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PGJ	Procurador-Geral de Justiça
PGR	Procurador-Geral da República
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

1 O acordo de não persecução penal

Diante da atual leitura acerca do papel do Ministério Público à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que reclama da instituição uma postura cada vez mais **resolutiva**, em vez de **demandista**, o ato de transferir ao Poder Judiciário a solução dos mais variados casos penais, indistintamente, sem uma reflexão político-criminal, tem se revelado preocupante e apresentado resultados insatisfatórios.

O perfil resolutivo exige do Ministério Público atuação estratégica no plano **extrajudicial**, especialmente na qualidade de agente pacificador da conflituosidade social. Nesse passo, a incorporação de mecanismos consensuais na área criminal tem surgido como uma solução promissora, capaz de demonstrar que a atuação extrajudicial da instituição é fundamental para a efetivação dos interesses da sociedade por celeridade na resolução dos casos penais.

Daí o surgimento do **acordo de não persecução penal**, que, até o advento da **Lei Anticrime** (Lei n.º 13.964/2019), encontrava-se previsto somente no artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público¹ (posteriormente modificada pela Resolução n.º 183/2018, também do CNMP). A nova lei promoveu várias **alterações** na sistemática do acordo – que serão analisadas no decorrer desta obra – e teve como principal êxito afastar os argumentos contrários à **validade** desse instrumento negocial, calcados na suposta inconstitucionalidade formal da Resolução n.º 181/2017 do CNMP.

Vale referir que havia duas propostas de **positivação** do acordo de não persecução penal na legislação federal: o Projeto de Lei n.º 10.372/2018² (conhecido como “Projeto de Segurança Pública”, apresentado por uma comissão de juristas presidida pelo min. do STF Alexandre de Moraes) e o Projeto de Lei n.º 882/2019³ (o chamado “Projeto Anticrime”, de autoria do Ministério da Justiça e Segurança Pública), apensado àquele por ser mais antigo.

Segundo afirmamos na 1ª edição desta obra, a primeira proposta se mostrava **preferível** – a qual, de fato, recebeu primazia pelo Legislativo –,

embora ambos os projetos de lei, a nosso ver, merecessem **aperfeiçoamentos**. Tais propostas (somadas a outras do mesmo tema, mas, com menor alavanca política) integraram uma **onda**, ainda pujante, de **expansão legislativa da justiça consensual na área criminal**. Até mesmo o projeto do novo Código de Processo Penal (Projeto de Lei n.º 8.045/2010) prevê a **resolução penal pactuada** em seu artigo 308⁴.

Por fim, ressalte-se que, embora a “**vigência**” do novo artigo 28 do CPP⁵ esteja **suspensa** até pronunciamento final do Plenário do STF, conforme decidido cautelarmente pelo min. Luiz Fux na ADI n.º 6305/DF – sim, suspendeu-se a “vigência”, e não a “validade” –, o **vigor** do artigo 28-A do CPP permanece **íntegro**. Afinal, os referidos dispositivos legais são **autônomos** entre si. Explico.

Como o acordo de não persecução penal teve de ser disciplinado no “Livro I – Título III – Da Ação Penal” do CPP, em dispositivo legal próximo àquele que disciplina o **arquivamento** (pois não caberá o acordo em caso de arquivamento, como será visto no tópico seguinte), o legislador decidiu criar o artigo 28-A, porque **imediatamente posterior** ao artigo 28, em respeito ao que preceitua o artigo 12, III, *b*, da Lei Complementar n.º 95/1998, a chamada “Lei das Leis”: *b*) é **vedada**, mesmo quando recomendável, **qualquer renumeração de artigos** e de unidades superiores ao artigo, referidas no inciso V do art. 10, **devendo ser utilizado o mesmo número do artigo** ou unidade imediatamente anterior, **seguido de letras maiúsculas, em ordem alfabética**, tantas quantas forem suficientes para identificar os acréscimos. (negrito) Portanto, a decisão cautelar proferida pelo min. Luiz Fux na ADI n.º 6305/DF não atingiu a “vigência” do artigo 28-A do CPP.

1.1 Breve conceituação

O acordo de não persecução penal, instituído pela Lei Anticrime no artigo 28-A do Código de Processo Penal, consiste no ajuste, em procedimento que apure crime de **média gravidade**, isto é, com **pena mínima inferior a quatro anos**⁶ (e. g. uso de documento falso, furto qualificado e embriaguez ao volante), entre o membro do Ministério Público⁷ (ou querelante⁸) e o investigado, no qual sejam pactuadas **condições** (e não **penas**), com a **obrigatória** homologação do acordo pelo **juiz das garantias** (artigo 3º-B, XVII, do CPP⁹).

Destaque-se que a “**vigência**” do novel **juiz das garantias** também está **suspensa** até pronunciamento final do Plenário do STF na ADI nº 6305/DF. Assim, enquanto suspenso o artigo 3º-B e ss. do CPP, a competência para apreciar o acordo de não persecução penal será do **juiz de conhecimento do procedimento investigativo**.

Atenção:

Pela sistemática anterior (artigo 18, § 6º, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP), havendo discordância da autoridade judicial, o órgão ministerial revisor (Procurador-Geral de Justiça, na área estadual, ou Câmara de Coordenação e Revisão, na seara federal) era provocado a **manter ou não** o acordo firmado, em procedimento análogo ao **vetusto** artigo 28 do CPP¹⁰ (modificado substancialmente pela Lei Anticrime). Logo, a homologação do Poder Judiciário **não** era obrigatória.

O acordo busca **evitar** a propositura de uma denúncia – daí ser incorreto oferecê-lo juntamente com esta (v. g. na cota ministerial)¹⁰ –, havendo, sempre, a participação da defesa técnica e do membro do Poder Judiciário. O **adimplemento integral** do acordo por parte do investigado **evitará definitivamente** a propositura de ação penal pública, resultando na **extinção da punibilidade**¹¹ do acordante (artigo 28-A, § 13, do CPP).

Descumprida **injustificadamente** a tratativa por parte do investigado, restará ao membro do Ministério Público **comunicar** tal fato ao Poder Judiciário, mediante requerimento de (1) **rescisão judicial** do acordo, (2)

intimação à **vítima** e (3) vista dos autos, para posterior **oferecimento de denúncia**.

Atenção:

A necessidade de **rescisão judicial** do acordo também é uma novidade implementada pelo artigo 28-A do CPP, originada tanto do Projeto de Lei n.º 10.372/2018 (artigo 28-A, § 12) quanto do Projeto Anticrime (artigo 28-A, § 10).

Vale referir que o *nomen juris* dado ao novo instituto negocial causa alguma **estranheza**. Concordamos com Rodrigo Brandalise e Mauro Fonseca Andrade (2019, p. 236), para quem há uma **contrariedade** entre a nomenclatura adotada, a saber, “não persecução penal”, e o fato de a persecução penal *lato sensu* já ter sido iniciada, face a investigação criminal em curso. A nosso ver, melhor seria a seguinte taxonomia: **acordo de não persecução em juízo**¹².

Por fim, é demasiado importante destacar que o acordo de não persecução penal é uma espécie de **negociação**. Sem prejuízo de uma definição mais específica no decorrer desta obra, negociação é uma “comunicação de ida e volta”, concebida para que se chegue a uma avença quando os acordantes possuem tanto **interesses em comum** quanto **divergências** (FISCHER; URY; PATTON, 2005, p. 15). A negociação, ao lado da justiça restaurativa, da mediação e da arbitragem, formam as **quatro principais** ferramentas de resolução alternativa de disputas – RAD (*Alternative Dispute Resolution* – ADR), ou, segundo a taxonomia mais recente, **tratamento adequado do conflito**. Apenas as duas primeiras possuem reconhecida aplicação na área criminal brasileira.

A literatura jurídica nacional está repleta de obras sobre ciências criminais, mas, infelizmente, ainda possui **pouco** material doutrinário acerca da aplicação de métodos de tratamento adequado do conflito (especialmente a **negociação**) à seara criminal. Isso se deve, em grande parte, à formação do bacharel em Direito no país, que historicamente não recebeu o devido investimento nesse sentido. Hoje, a tendência é que esse quadro mude significativamente. A Portaria n.º 1.351/2018, do Ministério da Educação,

homologou o Parecer n.º 635/2018 da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, que promoveu a revisão das diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em Direito. Nos termos do referido ato regulamentar: O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, **além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos**, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica, que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania. (negrito) Conforme o ato normativo acima, “dentre o conjunto de competências e habilidades a serem desenvolvidas no processo de aprendizagem, espera-se, ao menos, [...] **desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos**”. Festeja-se essa postura porque vai ao encontro do propósito do **tratamento adequado do conflito**: a ampliação dos mecanismos de solução de disputas, diante da evidente **inefetividade** do sistema de justiça tradicional para resolver os diferentes tipos de conflitos.

1.2 Implementação

Em sua essência, a dinâmica dos acordos de não persecução penal é **comum** à dos demais atos extrajudiciais normalmente praticados nas unidades do Ministério Público, como a instauração de procedimentos, a confecção e expedição de ofícios e o agendamento e realização de audiências em gabinete.

A rotina do acordo pode facilmente ser implementada nas unidades ministeriais com atribuição criminal, pois os recursos necessários e a infraestrutura exigida são **ordinários**. Naturalmente, em um primeiro momento, haverá um **acréscimo** de atos jurídicos praticados no interior do *Parquet*, em razão do número de expedientes que o novo instrumento extrajudicial demanda (v. g. convite para o investigado comparecer ao Ministério Público, consulta à vítima e minuta do termo de acordo de não persecução penal).

A médio prazo, contudo, o **esforço inicial** será fortemente **recompensado** pela **economia de atos** gerada, sobretudo a diminuição de audiências de instrução e julgamento, memoriais, sentenças e eventuais recursos. Quanto **maior** o número de acordos de não persecução penal bem sucedidos, **menor** será a quantidade de ações penais no Poder Judiciário, invertendo-se, com isso, a lógica da **hiperjudicialização**, isto é, do exercício de pretensões jurídicas **exclusivamente** perante os tribunais, um fenômeno inerente à nossa cultura **demandista**, sobretudo na área penal.

Nesse ponto, Danielle Arlé (2017, p. 130) defende uma mudança de rumo, partindo da **hiperjudicialização** para a **hiperjusticialização**, ou seja, o “uso adequado do amplo sistema de acesso à justiça e não apenas o acesso ao Poder Judiciário”, como tradicionalmente ocorre de modo demandista. Não à toa, essa **mudança de cultura** vem reforçada **expressamente** pelo artigo 3º, § 2º, do CPC, segundo o qual “O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”, **estímulo que falta à seara criminal**.

Nada obstante, o STF já reconheceu que a ampliação de espaços de consenso em sede de persecução penal valoriza a **autonomia da vontade** dos interessados (Inq. n.º 3.715/DF). Essa **atitude evolutiva** vem sendo estimulada já há algum tempo pelo CNMP, o qual, por meio da Recomendação n.º 54/2017, salienta em seus considerandos que o Ministério

Público deve possuir uma “atuação crescentemente resolutiva, [...] preferencialmente sem a necessidade de processo judicial e no menor tempo e custo social possíveis”. Segundo o seu artigo 1º, § 2º: Sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, será priorizada a resolução extrajudicial do conflito, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça, especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade.

Atenção:

Assim como o CNMP, a Corregedoria Nacional do Ministério Público **já incentivava** a prática do acordo de não persecução penal. Ambos os órgãos editaram a Recomendação Conjunta n.º 2/2018, a qual, em seu artigo 5º, V, dispõe que a eficiência funcional da atuação do membro ou da unidade do Ministério Público será aferida, entre outros aspectos, pela utilização de **mecanismos de resolução consensual**, como a **negociação**, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas, as convenções processuais, os acordos de resultado, assim como outros métodos e mecanismos eficazes na resolução dos conflitos, das controvérsias e dos problemas.

Tamanho o reforço dado pela Corregedoria Nacional do Ministério Público, em maio do ano de 2019 (ou seja, durante a vigência da Resolução n.º 181/2017 do CNMP), o Corregedor Nacional expediu ofício aos diversos chefes dos Ministérios Públicos do país, **advertindo** que: a “não observância da Resolução [n.º 181/2017 do CNMP], ou embaraços na sua aplicabilidade, podem demandar proposituras de Reclamação para Preservação da Competência e da Autoridade das Decisões do Conselho Nacional do Ministério Público e/ou a instauração de procedimentos disciplinares correlatos, a exemplo de Reclamações Disciplinares, Sindicâncias e Processos Administrativos Disciplinares.

Atitude semelhante foi adotada em setembro de 2019 pela Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (Circular COGER – 8721150), ao

recomendar a magistrados a utilização do acordo de não persecução penal: “recomendo aos Senhores Magistrados a aplicação da mencionada Resolução, principalmente neste momento, em que se faz premente a utilização de métodos alternativos de soluções de conflitos e a otimização dos recursos públicos”.

Os detalhes acerca da **implementação** da sistemática do acordo de não persecução penal podem ser conferidos no **roteiro de atuação** contido no capítulo 3 desta obra, que apresenta um passo a passo destinado aos membros do Ministério Público, do Poder Judiciário, da OAB e da Defensoria Pública.

1.3 Cabimento

O alcance do acordo de não persecução penal é **grande**, pois envolve novo tratamento extrajudicial aos crimes de **média gravidade** que preencham os requisitos negativos dispostos no artigo 28-A do CPP. Mesmo os delitos anteriores à Lei Anticrime admitem o acordo, considerando que a lei possui efeito **imediato** (artigo 6º, *caput*, da LINDB¹³), havendo, inclusive, enunciado do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça – CNPG a esse respeito¹⁴.

Em princípio, vários crimes comportam a celebração de acordo de não persecução penal: posse irregular de arma de fogo de uso permitido, embriaguez ao volante, receptação dolosa, estelionato, furto qualificado, *etc.* A envergadura do novel acordo é tamanha que os crimes praticados por autoridades com foro *ratione personae vel muneris* no STF e no STJ também admitem a avença (artigo 1º, § 3º, da Lei n.º 8.038/1990), conforme modificação implementada pela Lei Anticrime.

Com isso, os crimes de **média gravidade** passam a representar um largo campo de atuação **estratégica** à disposição do membro do Ministério Público, cuja **resolutividade** pode gerar uma verdadeira **economia de força de trabalho** a ser investida (1) na solução dos temas mais prementes para a sociedade, conforme o **poder de agenda** do *Parquet*, e (2) na suavização da **morosidade processual** que assola o Poder Judiciário. Na lição de Maria Tereza Sadek (2009, p. 133), o **poder de agenda** do Ministério Público consiste na capacidade da instituição de **determinar a sua agenda**, ou seja, definir o que vai fazer, como vai fazer e quando vai fazer, ao que dará prioridade e ao que não dará prioridade, diferentemente das demais instituições do sistema de justiça, como o Poder Judiciário, que, regra geral, não possui controle de sua agenda, pois, para atuar, deve ser provocado, isto é, funciona de modo passivo.

A **morosidade processual**, por sua vez, será abordado em tópico próprio. Por ora, basta citar que, segundo o relatório “Justiça em Números”, ano-base 2018, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ (2019, p. 163) o tempo médio de tramitação dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do 1º grau é de **três anos e dez meses**, na Justiça Estadual.

1.3.1 Tabela de vedações

Para uma compreensão dos casos nos quais, em tese, o acordo de não persecução penal seja cabível, *vide* a “Tabela de Vedações” abaixo:

TABELA DE VEDAÇÕES		
Hipótese de vedação	Fundamento normativo	Observações
Arquivamento	Artigo 28-A, <i>caput</i> , do CPP	Ex.: atipicidade, ausência de indícios de autoria, <i>etc.</i>
Pena mínima igual ou superior a 4 anos	Artigo 28-A, <i>caput</i> , do CPP	Para a aferição da pena mínima cominada ao delito, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto (artigo 28-A, § 1º, do CPP). Cumpre aplicar o teor das Súmulas n.º 243 do STJ e n.º 723 do STF.
Crime cometido com violência ou grave ameaça	Artigo 28-A, <i>caput</i> , do CPP	A vedação é limitada à violência contra pessoas, e não coisas. A vedação alcança a violência imprópria, contudo, não se aplica aos crimes culposos com resultado violento.
A celebração do acordo não atende ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime	Artigo 28-A, <i>caput</i> , do CPP	Discrecionariiedade regrada do membro do <i>Parquet</i> .
Possibilidade de transação penal	Artigo 28-A, § 2º, I, do CPP	Contravenções penais e crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 anos, cumulada, ou não, com multa (artigo 62 da Lei dos Juizados Especiais).

Investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas	Artigo 28-A, § 2º, II, do CPP	Por “reincidente” se entende (1) o reincidente em crime doloso e (2) o reincidente específico.
Ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo	Artigo 28-A, § 2º, III, do CPP	<i>Vide</i> artigos 76 e 89 da Lei dos Juizados Especiais. A vedação não menciona a anterior pactuação dos demais acordos de não processar, a exemplo da colaboração premiada
Crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino	Artigo 28-A, § 2º, IV, do CPP	Ex.: crimes praticados no âmbito da Lei Maria da Penha.

É importante deixar claro que, ao menos em tese, não há vedação para acordo em hipótese de **concurso de pessoas**. Em se tratando de um único procedimento investigativo contando com vários investigados e apenas **parte** deles faça jus à proposta, não há óbice ao oferecimento de acordo somente a estes. Naturalmente, em relação aos investigados que serão denunciados, deverá ser requerido em cota ministerial o **desmembramento** do feito.

1.3.2 Antigas vedações

Pela sistemática anterior (Resolução n.º 181/2017 do CNMP), **não** cabia acordo de não persecução penal (1) em delitos cujo dano causado fosse superior a **vinte salários mínimos** ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão¹⁵ (artigo 18, § 1º, II), (2) se o aguardo para o cumprimento do acordo pudesse acarretar a **prescrição** da pretensão punitiva estatal (artigo 18, § 1º, IV) e (3) em delito cometido por **militares** capaz de afetar a hierarquia e a disciplina (artigo 18, § 12).

Com o advento da Lei Anticrime, **tais vedações não mais subsistem**. Assim, (1) **não há teto vedatório** para crimes passíveis de acordo de não persecução penal, (2) a **proximidade** da prescrição da pretensão punitiva estatal deixa de ser uma vedação, pois, agora, **a prescrição não corre** enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal (artigo 116, IV, do CP), e (3) o acordo passa a ser **amplamente** admitido em crimes cometidos por militares, pouco importando se o delito afeta os valores castrenses da hierarquia e da disciplina.

Quanto à possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal em crimes militares, cumpre destacar uma **séria incongruência** presente no ordenamento jurídico. Segundo o artigo 90-A da Lei n.º 9.099/1995, os benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo não se aplicam no âmbito da Justiça Militar. Ora, como pode a legislação penal **proibir** benefícios negociais em crimes **mais leves** (hipóteses de transação penal e *sursis* processual) e **aceitá-los** em delitos **mais graves** (casos de acordo de não persecução penal)? Problemática semelhante ocorre com relação ao crimes previstos no Estatuto do Idoso, que, por força da ADI n.º 3.096/DF, **não** admitem transação penal e suspensão condicional do processo, mas, com o advento da Lei Anticrime, passam a comportar o acordo de não persecução penal.

Não obstante as falhas legísticas acima, fato é que o acordo de não persecução penal continua a ser cabível nos crimes previstos no Estatuto do Idoso e em crimes cometidos por militares, estes de modo semelhante à sistemática anterior, que apenas vedava a celebração de acordo se o delito afetasse a hierarquia e a disciplina (artigo 18, § 12, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP), logo, em poucas situações, pois, segundo a pesquisa de Luiz Felipe Carvalho Silva (2019, p. 261), o “Código Penal Militar só tem como bens jurídicos a hierarquia e a disciplina em poucos de seus crimes”. Portanto, a Lei Anticrime **não** ocasionou um aumento **significativo** no rol de crimes praticados por militares nos quais o acordo de não persecução penal seja cabível.

Outrossim, espantoso notar que a vedação prevista no artigo 18, § 1º, V, primeira parte, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, relativa aos **crimes hediondos**, não foi contemplada **expressamente** pela Lei Anticrime – atecnia semelhante àquela cometida pelo Projeto Anticrime, que, em seu artigo 28-A, § 1º, **não** dispunha nesse sentido. Em que pese o lapso do legislador,

entendemos que a celebração de acordo de não persecução penal em crimes hediondos **não** preenche o **requisito subjetivo** previsto no artigo 28-A, *caput*, do CPP, isto é, **não** atende ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito. A propósito, o enunciado n.º 23 do CNPG dispõe no mesmo sentido¹⁶.

Nesse ponto, é importante atentar para a hipótese de **tráfico de drogas privilegiado**. Em 2016, no julgamento do HC n.º 118.533/MS, o STF decidiu que o chamado tráfico de drogas privilegiado **não possui natureza hedionda**. A decisão foi **elogiável** porque resultou na libertação imediata de 45% (quarenta e cinco por cento) das mulheres presas à época, vítimas de um **processo de criminalização** que pesava contra elas, pois a maioria dessas mulheres ocupava uma posição absolutamente coadjuvante no crime, realizando serviços de transporte de drogas e pequeno comércio, sendo poucas as que exerciam atividades de gerência do tráfico, como já havia revelado o Levantamento de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2014, p. 5). Assim, ao menos em tese, **cabe** acordo de não persecução penal quanto ao crime de **tráfico de drogas privilegiado**, salvo se esse acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, ou seja, não preencher o **requisito subjetivo** disposto no artigo 28-A, *caput*, do CPP.

Por fim, interessante frisar que o Projeto Anticrime, em seu artigo 28-A, § 1º, também **não proíbe** o acordo de não persecução penal para os casos de **violência doméstica e familiar contra a mulher**, o que, felizmente, **não vingou**. Parece-nos que a incorporação de **vedação** nesse sentido foi salutar, como pode ser conferido a partir do infográfico abaixo: Imagem n.º 1



Observe-se que, segundo os dados acima, fornecidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2019), 536 mulheres foram vítimas de agressão física a cada hora, no ano de 2018, o equivalente a 4,7 milhões de mulheres no país. Ora, perante esse quadro **absolutamente alarmante**, a integridade física da mulher não parece se encontrar suscetível a espaços de consenso na área criminal. Essa conclusão já era adotada pelo STJ na Súmula n.º 536, que veda a transação penal e a suspensão condicional do processo aos delitos alcançados pela Lei Maria da Penha, referendando, pois, o teor do artigo 41 da Lei n.º 11.340/2006.”

1.3.3 Arquivamento

Arquivamento é o **ato complexo**, formado pela conjugação de vontades independentes entre si e manifestadas por órgãos diversos, por meio do qual o Ministério Público apresenta a sua opinião delicti **negativa**, ou seja, decide não exercer a ação penal pública, ao verificar (1) a ausência de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal, (2) a falta de justa causa para o exercício da ação penal, (3) a atipicidade da conduta, (4) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude, (5) a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade (salvo a inimputabilidade) e (6) a existência de causa extintiva da punibilidade.

Portanto, nos termos do artigo 28-A, *caput*, do CPP, ocorrendo quaisquer das hipóteses acima, resta inviável a celebração de acordo de não persecução

penal, como, inclusive, já se sabe em relação à transação penal (artigo 76 da Lei n.º 9.099/1995¹⁷). Em ambos os dispositivos legais há a expressão “não sendo caso de arquivamento”.

1.3.4 Aferição da pena mínima em abstrato. Aplicação analógica de súmulas do STF e do STJ

Nos termos do artigo 28-A, § 1º, do CPP, para a aferição da pena mínima cominada ao delito, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Dessa forma, a título exemplificativo, crimes praticados de forma **tentada** devem receber a **causa de diminuição de pena** prevista no artigo 14, parágrafo único, do CP, isto é, de “um a dois terços”. A fração aplicável deve ser a mais favorável ao imputado, ou seja, a que **mais diminua** a pena mínima em abstrato (no caso, dois terços). De modo semelhante, em se tratando de **causa de aumento de pena**, aplica-se a fração que **menos aumente** a pena *in abstracto*.

Não se olvide, ainda, a curiosa hipótese de **concurso de causas de aumento ou de diminuição**. Cleber Masson (2014, p. 235) exaure o tema ao traçar o seguinte panorama: Da leitura do art. 68, parágrafo único, do CP extraem-se as seguintes conclusões: a) se existirem duas ou mais causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Geral, ambas deverão ser aplicadas, desde que obrigatórias; b) se existirem duas ou mais causas de aumento ou de diminuição previstas na Parte Especial, ou na legislação especial (*analogia in bonam partem*), o juiz pode limitar-se a um só aumento ou a uma só diminuição, ainda que obrigatórias, prevalecendo, nesse caso, a causa que mais aumente ou mais diminua. Cuida-se de faculdade judicial; c) se existirem uma causa de aumento e uma causa de diminuição, simultaneamente, ambas deverão ser aplicadas, desde que obrigatórias. Em primeiro lugar, o magistrado aplica as causas de aumento, e depois as de diminuição. Não pode a sentença fazê-las recair ao mesmo tempo, compensando-as; e d) se existirem, ao mesmo tempo, duas causas de aumento, ou então duas causas de diminuição, previstas uma na Parte Geral e outra na Parte Especial ou legislação especial, todas elas serão aplicáveis. Por questão de lógica intrínseca à estrutura do tipo penal, incidem inicialmente as causas de aumento e de diminuição da Parte Especial ou da legislação especial, e, posteriormente, as majorantes ou minorantes da Parte Geral.

Outrossim, como ressaltado na **Tabela de Vedações**, quando do cômputo da **pena mínima em abstrato**, cumpre aplicar por analogia o teor da Súmula n.º 243 do STJ¹⁸, que exige a análise de eventual concurso material de crimes, concurso formal ou continuidade delitiva¹⁹. Assim, o acordo de não persecução penal não será aplicável às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, for igual ou superior a quatro anos.

Também por analogia, deve ser observada a redação da Súmula n.º 723 do STF, segundo a qual o acordo não será possível nos casos de **crime continuado simples ou comum** (artigo 71, *caput*, do CP), se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de **um sexto** for **igual ou superior** a quatro anos.

Importante frisar, contudo, que a Súmula n.º 723 do STF não parece abranger satisfatoriamente as hipóteses de **mais de dois crimes continuados**. É que, segundo o **sistema da exasperação** no crime continuado simples ou comum (artigo 71, *caput*, do CP), aumenta-se a pena entre 1/6 e 2/3 proporcionalmente ao número de crimes praticados. É famoso o critério doutrinário e jurisprudencial para o cálculo da exasperação: para duas infrações penais, aumento de 1/6 (um sexto); três, 1/5 (um quinto); quatro, 1/4 (um quarto); cinco, 1/3 (um terço); seis, 1/2 (metade); sete, 2/3 (dois terços); oito ou mais, 2/3 (dois terços) relativamente a sete crimes e os demais serão considerados circunstâncias judiciais desfavoráveis para a dosimetria da pena-base (MASSON, 2014, p. 241).

A título exemplificativo, caso uma investigação aponte a prática, em crime continuado, de **sete** receptações qualificadas (artigo 180, § 1º, do CP, com **pena mínima abstrata de 3 anos**), o Ministério Público poderá celebrar acordo de não persecução penal com o investigado, caso a Súmula n.º 723 do STF seja aplicada em sua **literalidade**, pois, aqui, o aumento será de apenas 1/6 (um sexto), resultando em uma pena mínima abstrata de **3 anos e 6 meses**, a preencher o *quantum* exigido pelo artigo 28-A, *caput*, do CPP, que **não** pode ser **igual ou superior a 4 anos**. Por outro lado, caso se aplique o **sistema da exasperação**, a pena mínima abstrata de 3 anos será aumentada de 2/3 (dois terços), perfazendo o total de 5 anos, a **impossibilitar** a celebração de acordo.

Portanto, defendemos que, nas hipóteses de mais de dois crimes continuados, a Súmula n.º 723 do STF não possui aplicabilidade.

1.3.5 Crimes culposos com resultado violento. Violência imprópria. Crime preterdoloso

Defendemos que os delitos culposos com resultado violento não integram o conceito de “crime cometido com violência”, o qual, necessariamente, demanda dolo do agente para a sua configuração. Note-se que, em crimes culposos, a violência pode vir a ocorrer no resultado indesejado, mas não na conduta concebida pelo agente.

Entretanto, os delitos cometidos com violência imprópria devem ser abarcados pela presente restrição, pois, conforme o escólio de Cleber Masson (2014, p. 198), “a violência imprópria nada mais é do que uma forma específica de violência”, a qual, contudo, não emprega força física contra a vítima (e. g. famoso exemplo do “uso de sonífero”, que reduz a capacidade da vítima de resistir).

Portanto, a nosso sentir, cabe acordo de não persecução penal em crimes culposos com resultado violento – na linha, por sinal, do que preceitua o enunciado n.º 23 do CNPG20 –, embora o mesmo não possa ser dito em relação aos delitos praticados mediante violência imprópria.

Resta saber se os crimes preterdolosos são passíveis de acordo de não persecução penal. O artigo 18 do Código Penal define tanto o crime doloso (inciso I21) quanto o culposo (inciso II22), contudo, há uma terceira modalidade de delito: o preterdoloso (ou preterintencional), que, segundo o escólio de Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 317): [É o] crime cujo resultado vai além da intenção do agente, isto é, a ação voluntária inicia dolosamente e termina culposamente, porque, afinal, o resultado efetivamente produzido estava fora da abrangência do dolo. Em termos bem esquemáticos, afirma-se, simplistamente, que há dolo no antecedente e culpa no consequente. (negrito) O principal exemplo de crime preterdoloso citado pela doutrina é o delito de lesão corporal qualificada pelo resultado morte (art. 129, § 3º, do Código Penal). Aqui, há efetivamente o dolo de lesionar, mas, o resultado produzido desborda o propósito do autor, que culposamente causa a morte da vítima. Daí Cleber Masson (2014, p. 110) frisar que o crime preterintencional é uma figura híbrida: “O propósito do autor era praticar um

crime doloso mas, por culpa, sobreveio resultado mais gravoso”.

As definições doutrinárias acima nos permitem defender o cabimento do acordo de não persecução penal em crimes preterdolosos quando a violência contra a pessoa residir exclusivamente no resultado culposo. Assim, no delito de lesão corporal qualificada pelo resultado morte (art. 129, § 3º, do Código Penal), não cabe o citado acordo, pois a violência contra a pessoa existe desde o dolo de lesionar. Já o delito de abandono de incapaz qualificado pela lesão corporal grave (artigo 133, § 1º, do Código Penal) admite, em tese, o acordo de não persecução penal, uma vez que a violência contra a pessoa reside exclusivamente no resultado culposo.

1.3.6 Transação penal. Linha do tempo dos três principais benefícios negociais

Nos termos do artigo 28-A, § 2º, I, do CPP, não será cabível o acordo de não persecução penal se o fato jurídico em análise admitir a celebração de transação penal. Ambas as avenças configuram formas de **resolução penal pactuada** firmadas **pré-processualmente**, ou seja, antes do oferecimento e, sobretudo, recebimento da denúncia, mas, trabalham com **graus de pena** bastante distintos entre si.

A presente vedação se justifica pelo fato de o ordenamento jurídico já garantir ao investigado por **delito de menor potencial ofensivo** o acordo de transação penal, que, saliente-se, é mais vantajoso do que o acordo de não persecução penal (especialmente pelo fato de aquele não envolver a necessidade de **confissão**). Busca-se, pois, evitar a **sobreposição** de benefícios negociais.

Não confundir tais acordos com um terceiro tipo de tratativa admitida no país: a suspensão condicional do processo. O *sursis* processual ocorre **após o recebimento da denúncia**, logo, configura um acordo realizado no curso de um processo-crime.

Para uma visualização dos mecanismos negociais acima na forma de **linha do tempo**, *vide* a imagem abaixo: Imagem n.º 2 (autoria própria)



Note-se que a decisão de **recebimento** da ação penal **marca** a diferença entre os **momentos** para, de um lado, celebrar acordos de transação penal ou de não persecução penal, e, de outro, para pactuar acordo de suspensão condicional do processo.

1.3.7 Reincidência. Conduta criminal habitual, reiterada ou profissional

Segundo a definição do próprio Código Penal (artigo 63), a **reincidência** ocorre “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”.

Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 546–547) leciona que, pela redação anterior do artigo 44, II, do Código Penal (dada pela Lei n.º 7.209/1984), as **penas restritivas de direitos** eram **inaplicáveis** em casos de reincidência. Apenas com o advento da Lei n.º 9.714/1998, passou-se a distinguir (1) o **reincidente doloso específico** (artigo 44, § 3º, *in fine*, do CP), (2) o **reincidente em crime doloso** e (3) o **reincidente em crime culposo**, de modo que somente o primeiro caso restou insuscetível de **substituição** da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Observe-se que, como salienta Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 250), até mesmo o **reincidente em crime doloso**, em determinadas hipóteses, pode vir a ser beneficiado com a **substituição** em comento, desde que, em face da condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime (reincidente doloso específico), conforme a redação do artigo 44, § 3º, do CP. De todo modo, certo é que o **reincidente em crime culposos** faz jus à **substituição** da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Assim, a nosso ver, soa pertinente **excluir** da vedação ao acordo de não persecução penal a hipótese do **reincidente em crime culposos**, que pode receber diversos benefícios na esfera penal (v. g. penas alternativas e regime aberto). Pensamos que a Lei Anticrime, ao dispor sobre os **requisitos negativos** do acordo de não persecução penal, sobretudo a **reincidência** (artigo 28-A, § 2º, II, primeira figura, do CPP), não prestou tributo ao avanço político-criminal mencionado acima, que vigora no país **há mais de duas décadas**. Entendemos, portanto, que deve ser franqueada ao **reincidente em crime culposos** a possibilidade de acordo de não persecução penal.

Ao contrário do conceito de reincidência, não tão clara é a definição do que seja conduta criminal (1) **habitual**, (2) **reiterada** ou (3) **profissional**. Diz-se “não tão clara” porque a **vagueza** de tais expressões é patente.

Conduta criminal **habitual** consiste na já conhecida **habitualidade criminosa**. É o **meio de vida** criminoso desenvolvido pelo agente, a característica da pessoa dada à prática de delitos. Não se confunde com o **crime habitual**, que é delito único a exigir para a sua consumação a reiteração de determinada conduta (p. ex.: exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica). Por sua vez, conduta criminal **reiterada** é um típico **conceito jurídico indeterminado**, isto é, marcado pela forte **discricionariedade** do intérprete, o que é algo ruim. Por exemplo, a existência de **processos criminais em curso** contra determinada pessoa pode significar “conduta criminal reiterada”. Por fim, conduta criminal **profissional** define o agente que, como ofício ou profissão, pratica crimes repetidamente.

1.3.8 Pessoa jurídica e crimes ambientais. Disregard doctrine

Não se olvide a possibilidade, enunciada pela Constituição brasileira, de responsabilização penal do **ente moral** que comete **crimes ambientais**. Tal constatação leva o intérprete a analisar a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal com pessoas jurídicas.

Em agosto de 2013, no julgamento do RE n.º 548.181/PR, o STF superou a chamada **teoria da dupla imputação**, isto é, do entendimento até então firmado no âmbito do STJ de que a punição penal da pessoa jurídica por atos lesivos ao meio ambiente demandaria da acusação a imputação **simultânea** tanto da pessoa jurídica quanto da pessoa física diretamente responsável pelo ato. Portanto, no combate a crimes ambientais, a pessoa jurídica pode figurar sozinha no polo passivo da demanda penal. Naquela oportunidade, o STF reconheceu a necessidade de **proteção penal especial** a interesses previstos em certos dispositivos constitucionais – como aquele disposto no artigo 225, § 3º, da CRFB²³, que ameaça de pena atos lesivos ao meio ambiente –, negando validade a normas que, de alguma forma, obstaculizem tais “mandatos expressos de criminalização”, na expressão de Prado (2001, p. 27).

Ora, negar o acordo de não persecução penal a pessoas jurídicas significaria, inarredavelmente, **obstaculizar** a proteção penal especial de que falou o STF no caso acima. Entre outras coisas, o acordo (1) dá **celeridade** à resolução do caso penal e (2) garante a **recomposição** do meio social atingido pelo delito, fatores **amplamente desejáveis** para a melhor tutela do meio ambiente. Ressalte-se que a Lei de Crimes Ambientais e o CPP **devem dialogar entre si**, por expressa previsão legal (artigo 79 da Lei n.º 9.605/1998²⁴).

A **proteção penal especial** defendida pelo STF também traz a lume a possibilidade de desconsideração do ente moral (*disregard doctrine*), sempre que sua personalidade for **obstáculo** ao ressarcimento de prejuízos causados ao meio ambiente, como admitido pelo artigo 4º da Lei n.º 9.605/1998²⁵. Segundo a jurisprudência do STJ (REsp n.º 1.339.046/SC), basta tão somente que a personalidade da pessoa jurídica seja obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente – **lei especial** –, dispensado o requisito do “abuso” caracterizado tanto pelo “desvio de finalidade” como pela “confusão patrimonial”, ambos próprios do regime comum do artigo 50 do Código Civil – **lei geral**. Afinal, é consabido que, diante do **conflito aparente de normas** entre a lei especial e a lei geral, adota-se o critério

antinômico da **especialidade** (*lex specialis derogat legi generali*).

Não há dificuldades em procedimentalizar essa persecução patrimonial: basta instaurar o **procedimento autônomo** de que cuida o artigo 14 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP²⁶. Caso a investigação sobre a materialidade e a autoria da infração penal já esteja concluída, como, por exemplo, em um **inquérito policial** relatado, poderá ser instaurado **procedimento específico** com o objetivo de realizar a persecução patrimonial (artigo 14, § 2º, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP).

1.3.9 Crimes de abuso de autoridade

A recém promulgada Lei n.º 13.869/2019, entre outras coisas, dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade, revogando a Lei n.º 4.898/1965. O novel ato normativo surge como uma resposta **não republicana** a integrantes das Polícias, do Ministério Público e do Poder Judiciário, os quais, nos últimos anos e no exercício do seu mister, investigaram, processaram e condenaram pessoas outrora intangíveis, dada a sua proeminência política e econômica.

A título exemplificativo, Matthew Stephenson, professor de Direito Anticorrupção da Harvard Law School, analisa que, no Brasil, investigações no interior da Petrobrás levaram a condenações criminais proferidas contra um elevado número de pessoas, incluindo políticos integrantes do alto escalão nacional²⁷.

Inobstante o flagrante objetivo de criminalizar o trabalho de policiais, membros do Ministério Público e juízes, cumpre salientar que os crimes de abuso de autoridade **admitem** o acordo de não persecução penal, desde que cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e presentes os demais pressupostos do artigo 28-A do CPP.

1.3.10 Discricionariedade

Vê-se com preocupação a **cláusula de abertura** contida no artigo 28-A, *caput*, do CPP, qual seja, “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Essa cláusula abarca o requisito negativo previsto no revogado artigo 18, § 1º, III, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP²⁸, que, por sua vez, era inspirado no artigo 44, III, do Código Penal²⁹. Dada a **vagueza** de sua redação, a cláusula de abertura permite que o membro do Ministério

Público possa, **com ampla discricionariade**, negar a investigados a oportunidade de acordo de não persecução penal.

É **inversamente proporcional** a relação entre a **subjetividade** dessa cláusula e a **legitimidade** do acordo de não persecução penal: quanto menor a primeira, maior será a segunda, de modo que o rol de vedações exposto alhures deve ser, tanto quanto possível, **fechado** (*numerus clausus*), e não **aberto** (*numerus apertus*).

Além de possibilitar a ordenação e o controle da atividade ministerial, a existência de **requisitos claros** é importante, sobretudo, para a esfera jurídica do investigado/acordante. Nesse sentido, embora tratando da suspensão condicional do processo, o STJ já afirmou que o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 89 da Lei n.º 9.099/1995³⁰ garante ao acusado o **direito público subjetivo** ao recebimento de proposta de *sursis* processual, a qual “não pode ficar ao alvedrio do MP” (HC n.º 131.108/RJ). Nessa linha de raciocínio, considerando que *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito), preenchidos os requisitos previstos no artigo 28-A do CPP, teria o investigado **direito público subjetivo** à audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal.

Contudo, o posicionamento mais recente do Sodalício Superior caminha em outra direção, na forma da seguinte **tese**, aplicável por analogia ao acordo de não persecução penal: “A suspensão condicional do processo **não é direito subjetivo** do acusado, mas sim um **poder-dever** do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada” (HC n.º 417.876/PE). Em reforço, a Súmula n.º 696 do STF³¹, igualmente por analogia, indica que a proposta de acordo configura **poder-dever** do Ministério Público, e não **direito público subjetivo** do investigado. Uníssono o entendimento do STF no MS n.º 35.693 AgR/DF, com relação à **colaboração ou delação premiada**: inexistente direito líquido e certo a compelir o Ministério Público à celebração do acordo de delação premiada, diante da fase de negociação entre os interessados e da necessidade de distanciamento do Estado-juiz do cenário investigativo.

Atenção:

Prevalece que a proposta de acordo de não persecução penal configura **poder-dever** do Ministério Público. Nesse sentido, dispõe o enunciado n.º 19 do CNPG que o acordo de não persecução penal é **faculdade** do Ministério Público³², devendo haver, sempre e sempre, fundamentação no caso de recusa ministerial.

A despeito³² disso, fato é que, em nome da **objetividade**, a cláusula de abertura prevista no artigo 28-A, *caput*, do CPP deve ser aplicada a hipóteses **claras e justificáveis**, como, por exemplo, para **vedar** a celebração de acordo de não persecução penal em **crimes hediondos**. Por isso, a **recusa** do Ministério Público em celebrar o acordo de não persecução penal deve ser **fundamentada**, sob pena de revisão pelo Procurador-Geral de Justiça, na forma do artigo 28-A, § 14, do CPP³³.

No âmbito dos órgãos do Ministério Público da União, a **revisão da recusa** ministerial incumbe à respectiva CCR, por **analogia** ao procedimento do arquivamento. Assim, quanto às investigações criminais que tramitam perante a Justiça Federal, há **quatro órgãos ministeriais revisores: 2ª, 4ª, 5ª e 7ª CCRs do MPF**, por força do artigo 62, IV, da LC nº 75/93³⁴. Com relação às investigações criminais que tramitam perante a Justiça Comum do Distrito Federal e dos Territórios, há **dois órgãos ministeriais revisores: 1ª e 2ª CCRs criminais do MPDFT**, com base nos arts. 171, V, da LC nº 75/93³⁵ e 5º, IV, da Resolução nº 203/2015 do CSMPDFT³⁶. No tocante às investigações criminais que tramitam perante a Justiça Eleitoral, o **órgão ministerial revisor** é a **2ª CCR do MPF**, com fulcro no Enunciado nº 29 da 2ª CCR³⁷. Em relação às investigações criminais que tramitam perante a Justiça Militar da União, o **órgão ministerial revisor** é a **CCR do MPM**, haja vista o teor do artigo 136, IV, da LC nº 75/93³⁸ (que **derrogou** tacitamente o artigo 397, § 1º, do Código de Processo Penal Militar³⁹) e o Enunciado nº 13 da CCR do MPM⁴⁰.

1.3.11 Recusa pelo Ministério Público após provocação do investigado

Não raro, ocorrerão hipóteses em que o próprio investigado, antes do oferecimento de denúncia, proporá ao *Parquet* a celebração de acordo de não persecução penal. O defensor **atento** aos procedimentos investigatórios que correm contra o seu assistido ou cliente deve **interpelar** o membro do Ministério Público **em momento oportuno** (como dito, antes do oferecimento de denúncia), caso, em tese, seja cabível o acordo de não persecução penal. Preenchidos os requisitos negativos previstos no artigo 28-A do CPP, deve ser marcada audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal.

Contudo, caso o membro do Ministério Público **recuse** a proposta do investigado, este poderá requerer a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, para **revisão ministerial**, conforme o artigo 28-A, § 14, do CPP. Sistemática semelhante já ocorria em relação à **suspensão condicional do processo**, nos termos da Súmula n.º 696 do STF⁴¹.

O direito à **revisão ministerial superior** deve ser informado ao investigado no próprio ato que recusar a proposta de acordo. Sendo o caso de **irresignação** do investigado, ou seja, de pedido de revisão ministerial superior, nada impede que o membro do Ministério Público recusante venha a **reconsiderar** o indeferimento da proposta.

Interessante notar que, nos casos de **atribuição originária** do Procurador-Geral de Justiça, somente se admitirá **revisão ministerial da recusa** na forma do artigo 12, XI, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público⁴², isto é, mediante requerimento do legítimo interessado ao Colégio de Procuradores de Justiça.

Todavia, quanto ao Procurador-Geral da República, Subprocuradores-Gerais da República ou, ainda, Procuradores Regionais da República convocados, com atuação nas instâncias especiais por delegação, não há **revisão ministerial da recusa**, por analogia à sistemática das promoções de arquivamento (STJ, AgRg na NC 86/SP).

1.4 Condições a serem pactuadas

Preenchidos os requisitos negativos previstos na “Tabela de Vedações”, o membro do Ministério Público, como **requisito para a evitação da ação penal pública**, deve propor ao investigado/acordante o cumprimento de condições a serem pactuadas livremente entre ambos. Por óbvio, as condições a serem acordadas devem ser **viáveis**, isto é, **possíveis** de serem cumpridas pelo investigado/acordante e **proporcionais** ao fato imputado.

1.4.1 Pena ou condição livremente assumida?

Parte da rejeição que pesa contra o acordo de não persecução penal reside, sobretudo, na má técnica legislativa empregada pela Lei dos Juizados Especiais, ao admitir, nas transações penais, a aplicação imediata de **penas** restritivas de direitos. Observe-se que a Constituição brasileira, em seu artigo 98, I⁴³, **não** menciona **pena** em momento algum, ou seja, o **erro técnico** foi cometido pelo legislador federal. Ora, que tipo de **pena** pode ser aplicada pelo juiz, livremente **descumprida** pelo autor do fato e **insuscetível de coerção** pelo Estado?

Segundo a lição de Cleber Masson (2014, p. 165), a **inevitabilidade** é um princípio norteador das penas: Inderrogabilidade ou inevitabilidade: esse princípio é consectário lógico da reserva legal, e sustenta que a pena, se presentes os requisitos necessários para a condenação, não pode deixar de ser aplicada e integralmente cumprida.

Assim, na transação penal, tecnicamente falando, **não há pena**, tanto por não haver **processo-crime** anterior (artigo 5º, LIV, da CRFB⁴⁴), quanto por falta de **coercividade** (um atributo comum a **todas** as sanções criminais). Fosse pena, o objeto da transação penal poderia ser **imposto** pelo Estado, logo, **impassível de descumprimento** – o que, é consabido, não ocorre. Tanto isso é verdade que, segundo a Súmula Vinculante n.º 35, o descumprimento de uma transação penal importará, **no máximo**, no ajuizamento de uma ação penal.

Confira:

Eis a redação da Súmula Vinculante n.º 35: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

Portanto, nas transações penais, assim como nos **acordos de não persecução penal**, o que se pactua são **condições livremente assumidas** pelos acordantes, e não **penas** – embora a lei, erroneamente, assim denomine, o que mostra o quão **vacilante** a legislação criminal pode ser ao versar sobre uma taxonomia da justiça consensual na área penal, que ainda é **principiante**.

Atenta a esse espírito, a Lei Anticrime dispôs em seu artigo 28-A, § 12, do CPP, que “A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo”. No mesmo sentido, *vide* o teor do enunciado n.º 25 do CNPG: “O acordo de não persecução penal **não impõe penas**, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência” (negrito).

1.4.2 A inaplicabilidade da Resolução n.º 154/2012 do CNJ

No âmbito do CNMP ou do CNJ, inexistente **ato normativo** que disponha sobre a **confeção** de atos normativos. Diante desse claro, aplica-se, por analogia, a Lei Complementar n.º 95/1998, que, entre outras coisas, dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis (por isso é conhecida como “Lei das Leis”).

Segundo o artigo 5º da Lei Complementar n.º 95/1998⁴⁵, cumpre à **ementa** explicitar, de modo conciso e sob a forma de título, o **objeto** do ato normativo. Dito isso, veja-se a **ementa** da Resolução n.º 154/2012 do CNJ: “Define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da **pena** de prestação pecuniária” (negrito).

Nos termos do artigo 7º da Lei Complementar n.º 95/1998⁴⁶, o **primeiro artigo** do texto indicará o **objeto** do ato normativo e o respectivo âmbito de aplicação. Ora, o **primeiro artigo** da Resolução n.º 154/2012 do CNJ refere-se somente à “**execução da pena** de prestação pecuniária” (negrito), sem citar, **inclusive nos dispositivos normativos seguintes**, as condições livremente assumidas em **acordos de não processar**, a exemplo da transação penal.

Portanto, como o acordo de não persecução penal **não cuida de penas** (coercividade), mas de **condições livremente assumidas** (não coercividade), não se lhe aplica a Resolução n.º 154/2012 do CNJ, que define a política institucional do Poder Judiciário na utilização dos recursos oriundos da aplicação da **pena** de prestação pecuniária.

Dito de outro modo, as prestações pecuniárias **livremente pactuadas** não se submetem ao ato normativo do CNJ **porque não são penas**, motivo pelo qual não devem ser depositadas em conta judicial, mas, entregues pelo acordante diretamente à entidade pública ou de interesse social contemplada, **via movimentação bancária**, a fim de garantir o **rastreamento** do recurso.

1.4.3 Os “falsos” acordos penais

A diferença entre **penas** (coercividade) e **condições livremente assumidas** (não coercividade) não somente auxilia o intérprete a compreender melhor os contornos dogmáticos do acordo de não persecução penal, mas, igualmente, permite identificar no ordenamento jurídico brasileiro o que sugerimos chamar de “**falsos**” **acordos penais**.

Tome-se o exemplo do **arrependimento posterior**, previsto no artigo 16 do Código Penal, *in verbis*: “Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços”. Aqui, não há um método de resolução penal pactuada, pois não há sequer **acordo** entabulado entre o Ministério Público e o imputado, apenas uma **causa de diminuição de pena** de reconhecimento **obrigatório** pelo juiz. Não há **condições livremente assumidas** (não coercividade), e sim **penas** (coercividade). Naturalmente, há processo-crime inaugurado, diferentemente do que ocorre no acordo de não persecução penal, cujo principal objetivo é **evitar** a denúncia.

Em sentido semelhante, veja-se a redação do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Crimes Hediondos: “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços”. Igualmente, vale conferir o teor do artigo 159, § 4º, do Código Penal, que cuida do crime de **extorsão mediante sequestro**: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do sequestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Nos casos acima, **deve** o magistrado **reduzir a pena** do imputado, como ocorre também na hipótese do artigo 16, parágrafo único, da Lei n.º 8.137/1990: “Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços”. A título exemplificativo, vale citar, ainda, os seguintes dispositivos legais: artigo 1º, § 5º, da Lei n.º 9.613/1998⁴⁷, artigo 14 da Lei n.º 9.807/1999⁴⁸, e artigo 41 da Lei Antidrogas⁴⁹.

1.4.4 Condições possíveis de serem ajustadas.

Übermassverbot e untermassverbot.

Win-win negotiations

De modo semelhante ao que já ocorria no acordo de suspensão condicional do processo, e inspirado na Tese 4 da Jurisprudência em Teses n.º 93 do STJ, o legislador estabeleceu condições equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (artigo 28-A, incisos III e IV, do CPP) ou, até mesmo, a efeitos da condenação (incisos I e II). Naturalmente, como já exposto nesta obra, são condições livremente pactuadas, logo, não há coercividade.

Eis o rol de condições possíveis de serem ajustadas **cumulativa e alternativamente**, nos termos do artigo 28-A do CPP:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do artigo 46 do Código Penal; IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Note-se que os **favorecidos** pela prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e pelo pagamento de prestação pecuniária serão indicados pelo **juízo das medidas alternativas** (“execução penal”), não havendo impedimento à participação do Ministério Público. Deve a indicação recair, **preferencialmente**, sobre aquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito (artigo 28-A, IV, do CPP). [450](#)

Bem ainda, relevante observar que, como o acordo de não persecução penal antecipa, acelera ou abrevia a **resposta estatal**, a Lei Anticrime, **repetindo** a sistemática do artigo 18, III, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP⁵¹, incorporou no artigo 28-A, III, do CPP o **redutor** de “um a dois terços”, ou seja, uma **vantagem** ao acordante que decidir **não aguardar** o início da ação penal e uma eventual condenação a pena restritiva de direito de consequências semelhantes, a qual, por não possuir esse **redutor**, será mais grave.

Condições bem ajustadas tendem a produzir uma maior **taxa de adimplemento**. Quanto **melhor** o engajamento dos acordantes, **maior** será a probabilidade de sucesso do acordo.

Por exemplo, no tocante ao inciso III, afigura-se **inviável** a proposta de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas nos casos em que

o acordante possuir uma **extensa jornada de trabalho**.

Já em relação ao inciso IV, a pactuação de prestação pecuniária em **valor incompatível** com o fôlego financeiro do acordante resultará, certamente, no descumprimento da avença – lembrando, por sinal, o instituto da **lesão**, previsto no artigo 157 do Código Civil⁵². Para aferir a capacidade financeira do investigado, o apoio administrativo poderá fornecer a ele **questionário de avaliação socioeconômica**, que deverá ser instruído com documentos comprobatórios do alegado (*e. g.* declaração anual de bens e rendimentos fornecida à Receita Federal do Brasil, fatura residencial de energia elétrica e extrato bancário). Não se olvide, contudo, que, em se tratando de inquérito policial, é dever do delegado de polícia averiguar a vida pregressa do investigado, sob o ponto de vista individual, familiar e social, bem como a sua **condição econômica** (artigo 6º, IX, do CPP).

Por fim, quanto ao inciso V, convém citar a possibilidade de o investigado/acordante ministrar palestras para adolescentes em escolas públicas, condição que já foi objeto de acordo de não persecução penal firmado no bojo do nosso projeto “MP Consensuado: Desburocratizando a Justiça Criminal” e trouxe resultados bastante interessantes para a comunidade. Outra condição interessante é a perda do valor da fiança, reputada válida pelo STJ nos casos de suspensão condicional do processo.

Com efeito, as condições a serem pactuadas devem ser ajustadas de modo a **ressarcir adequadamente** a vítima e **recompor suficientemente** o meio social, **vedando-se** a proteção jurídica **desproporcional**, isto é, aquela que se mostre excessiva (*übermassverbot*) ou carente (*untermassverbot*), sob pena de tornar **inconstitucional** a avença. Vale lembrar que o STF, “por mais de uma vez, invocou o princípio da proteção deficiente para declarar a inconstitucionalidade de normas que, de alguma forma, embaraçavam a proteção penal a interesses fundamentais previstos na Constituição” (ADC n.º 43/DF).

Dessa forma, as condições avençadas devem produzir benefícios **proporcionais** para **ambos** os acordantes, mirando, sempre, a maior probabilidade de sucesso da avença. Nesse espírito, os acordos de não persecução penal devem assumir a feição de **acordos integrativos**, isto é, do tipo *win-win* (“ganha-ganha”). Segundo a definição do Programa de Negociação de Harvard, *win-win negotiations* são aquelas nas quais cada um

dos interessados deixa a mesa de negociações tendo atingido seus objetivos dentro de uma **negociação integrativa**, ou seja, de criação de valor para ambos, em vez de um processo ganancioso ou avarento, típico da **negociação distributiva**⁵³.

Contudo, as pessoas se encontram mais acostumadas à **negociação distributiva**, pois “ainda se vive sob um paradigma de ‘ganha-perde’, onde o ganho por uma das partes é enxergado como a perda necessária para a outra”, como observa Danielle Arlé (2017, p. 158). Acordos de não persecução penal praticados mediante **negociação distributiva** geram (1) **ou** o sentimento de insuficiência da resposta estatal (*untermassverbot*), (2) **ou** a percepção de excesso por parte do Ministério Público (*übermassverbot*). Por isso, insiste-se: o acordo de não persecução penal deve ser do tipo **win-win**, ou seja, **integrativo**.

1.4.5 Danos causados por crimes ambientais. Reparação in integrum

Com relação aos danos causados por crimes ambientais, é importante ressaltar que, conforme os artigos 27 e 28 da Lei n.º 9.605/1998, os dois métodos de resolução penal pactuada mais empregados, a saber, a transação penal e a suspensão condicional do processo, **exigem a prévia composição do dano ambiental**, salvo em caso de comprovada impossibilidade. A esse respeito, vale citar o posicionamento de Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 302): Transação condicionada: apesar de muitos delitos previstos na Lei 9.605/98 serem considerados infrações de menor potencial ofensivo, logo, sujeitas à transação penal, **há uma condição específica, que deve ser respeitada**. Justamente pelo fato de vários crimes contra o meio ambiente envolverem pessoas (físicas ou jurídicas) economicamente abonadas, **é razoável que se exija a prévia composição do dano ambiental, vale dizer, o acordo para a reparação da degradação causada**. A norma não representa lesão à igualdade, privilegiando os ricos, em detrimento das pessoas mais pobres, pelo fato de ter sido feita a ressalva: salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Assim, inobstante o **silêncio** do legislador, entendemos que, por obediência aos princípios do poluidor-pagador e da reparação *in integrum*, fartamente reconhecidos pelos tribunais superiores (por todos, REsp n.º

1.198.727/MG), a **prévia composição do dano ambiental** deve ser entabulada **obrigatoriamente** em acordos de não persecução penal envolvendo crimes ambientais.

1.4.6 Renúncia a armas de fogo de uso permitido

Em se tratando de acordo envolvendo a **renúncia a armas de fogo de uso permitido**, tal abdicação deve ser feita, necessariamente, em favor do Comando do Exército, nos termos do artigo 25 do Estatuto do Desarmamento⁵⁴.

Ressalte-se que a renúncia a armas de fogo apreendidas pode ser feita a qualquer tempo, mas o encaminhamento destas ao Comando do Exército somente ocorrerá quando não mais interessarem à persecução penal, logo, resta imprescindível a **prévia** elaboração de laudo pericial e a sua juntada aos autos. Afinal, nos **crimes não transeuntes** (infração que deixa **vestígios**), é indispensável o exame de corpo de delito (artigo 158 do CPP), um nítido resquício do **sistema da prova tarifada**.

Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 35) salienta o reclamo formulado por inúmeros setores vinculados à segurança pública, no sentido de que não se poderia, simplesmente, destruir as armas, quando a própria polícia e também as Forças Armadas necessitam destas para o bom desempenho das suas atividades. Segundo o autor, os integrantes de organizações criminosas, como regra, mantêm armamento moderno e pesado, razão pela qual, quando apreendido, em vez de destruído, pode ser útil ao trabalho policial.

Daí a importância de o juiz, por ocasião do encaminhamento das armas de fogo ao Comando do Exército, **determinar a doação** dos armamentos aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, sempre que receberem parecer favorável à doação, nos termos do artigo 25, § 1º, do Estatuto do Desarmamento⁵⁵.

1.4.7 O acordo de não persecução total. Crimes praticados contra a Administração Pública

Nos crimes praticados contra a Administração Pública, ao menos em tese, o acordo de não persecução penal possui **amplo cabimento**. Contudo, a negociação de condições em tais casos pode representar uma tarefa árdua,

especialmente em razão da **envergadura protetiva** que a defesa ao erário demanda, inclusive a nível constitucional (artigo 37, § 4º, da CRFB⁵⁶). Tal quadro fica ainda mais complexo quando se enxerga a péssima colocação do Brasil entre os países com maior quantidade de corrupção do mundo, a saber, 106ª dentre 180 países, segundo dados da Transparência Internacional⁵⁷. Talvez por isso, o Projeto de Lei n.º 10.372/2018, em seu artigo 28-A, § 2º, II, tenha buscado **vedar** o acordo de não persecução penal na hipótese de **crime praticado por funcionário público contra a administração pública**, o que, como é sabido, não vingou.

Uma vez cabível acordo de não persecução penal nos crimes praticados contra a Administração Pública, a reparação **integral** do dano ao erário se mostra **intransigível**. A título exemplificativo, observe-se que a Lei Anticorrupção prevê claramente, em seu artigo 16, § 3º⁵⁸, que eventual acordo de leniência **não exime** a pessoa jurídica da obrigação de reparar **integralmente** o dano causado.

Recomenda-se que o ato ressarcitório seja feito na forma prescrita em lei ou regulamento. Por exemplo, o Instituto Nacional do Seguro Social disponibiliza ao interessado guia bancária para o devido ressarcimento.

Caso o ressarcimento do dano causado ao erário não seja contemplado em sede de acordo de não persecução penal, cabe ao juiz das garantias **negar** homologação à avença, por **insuficiência** das condições entabuladas, nos termos do artigo 28-A, § 5º, do CPP: “Se o juiz considerar inadequadas, **insuficientes** ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor” (negrito).

Além da **reparação integral do dano**, Renee do Ó Souza (2019, p. 2) sugere as seguintes condições na proposta de acordo de não persecução penal: i) compromisso de não contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, por determinado período; ii) exoneração ou renúncia do cargo, função pública ou mandato eletivo; iii) renúncia ao direito de candidatar-se a cargos públicos eletivos, por determinado período.

Inobstante a divergência existente acerca da terceira condição acima (“renúncia ao direito de candidatar-se a cargos públicos eletivos, por determinado período”), em razão da **proteção constitucional** dada ao *jus honorum* (artigo 15 da CRFB⁵⁹), certo é que, por meio de soluções negociadas, inclusive nas áreas cível e administrativa, o Ministério Público tem obtido **positivos** resultados sociais no tocante (1) à **recuperação** de valores desviados, (2) à defesa do **patrimônio público** e (3) à **investigação** de organizações criminosas destinadas à prática de ilícitos contra a Administração Pública – *vide* os **compromissos de ajustamento de conduta**, os **acordos de leniência** e os **acordos de delação premiada** firmados no âmbito da Operação Lava Jato.

Com efeito, em janeiro de 2020, surge no ordenamento jurídico o **acordo de não persecução cível**, introduzido no país pela Lei Anticrime, que modificou a Lei n.º 8.429/1992 para admitir **expressamente** soluções negociadas no bojo de **ações de improbidade administrativa**.

Atenção:

Anteriormente à Lei Anticrime, o CNMP já havia editado o artigo 1º, § 2º, da Resolução n.º 179/2017, segundo o qual: “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

Portanto, ainda que numa dimensão menor, havia soluções consensuais no combate à improbidade administrativa.

A intenção da Lei Anticrime era excluir a **vedação** negocial contida no **vetusto** artigo 17, § 1º, da Lei n.º 8.429/1992⁶⁰. Restava contraditória a coexistência entre sete espécies de **acordos de não processar** (**área criminal**) e a vedação de solução consensual no combate à improbidade administrativa (**área cível**). Muitos investigados ou acusados **temiam** firmar acordos na área criminal com receio de, **pelos mesmos fatos** (*bis in idem*), serem responsabilizados na seara do combate à improbidade administrativa, por conta da então vedação negocial prevista no artigo 17, § 1º, da Lei n.º

Atenção:

Tamanha a relevância jurídica da questão acima, o Plenário Virtual do STF, em abril de 2019, reconheceu a **repercussão geral** do tema debatido no ARE n.º 1.175.650, que busca saber se é possível a utilização de informações de **colaboração premiada** em **ação civil pública** decorrente de ato de **improbidade administrativa** promovida pelo Ministério Público.

A nosso ver, a introdução de **espaços de consenso**, inclusive na Lei de Improbidade Administrativa, significa uma mudança **positiva**, no que a Lei Anticrime parece ter agido com acerto. Essa nova configuração da justiça consensual permite o fenômeno da **aglutinação de acordos**, isto é, a **conjugação**, em um único instrumento, das condições pactuadas e dos pressupostos legais de acordos da **área criminal** (p. ex.: acordo de não persecução penal e acordo de delação premiada), da **seara cível** (e. g. acordo de não persecução cível) e do **âmbito administrativo** (como o termo de compromisso de cessação de prática⁶¹, previsto na Lei n.º 6.385/1976, ou o acordo de leniência).

A essa **aglutinação de acordos** podemos sugerir a classificação doutrinária de **acordo de não persecução total**, por englobar os **três ramos** de responsabilização estatal possíveis e as diversas instituições encarregadas (v. g. Ministério Público, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Controladoria-Geral da União e Comissão de Valores Mobiliários). **Aglutinar acordos** pode soar estranho, dada a tradição brasileira de **cumulatividade** (e não **conjugação**) das instâncias de responsabilização estatal, a exemplo do que preceitua o artigo 125 da Lei n.º 8.112/1990: “As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”. Algo como se os órgãos de responsabilização estatal não estivessem acostumados a **conjuguar** esforços para a otimização da resposta estatal, mas, tão-somente, **cumular** trabalho. Ora, há uma clara diferença entre **preparar um excelente trabalho a muitas mãos** – que é a nossa predileção – e **empilhar vários expedientes que não necessariamente**

dialogarão entre si.

No âmbito do Ministério Público, com o advento da Lei Anticrime, já se tem notícia da utilização, em um só instrumento, de acordos de não persecução cível e penal. Havendo divisão competencial entre as unidades judiciárias, esse acordo total deve ser protocolizado tanto no juízo criminal quanto no cível, para homologação separada.

1.4.8 Renúncia do investigado a recursos interpostos

Segundo a experiência jurídica **norte-americana**, local onde a resolução penal pactuada funciona de modo pujante, o direito ao recurso é **renunciável** (*waivable*), logo, pode ser objeto de acordos. Isso **não** significa, contudo, que a renúncia ao direito a recorrer, por mais ampla que seja, elimine quaisquer possibilidades de interposição de recurso, conforme decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos em *Garza v. Idaho* (EUA, 2019). É que, embora o direito a recorrer possa ser **renunciado** (*waivable*), o direito a questionar, por exemplo, a **voluntariedade** de um acordo de admissão de culpa é **irrenunciável** (*nonwaivable*). Em outras palavras, mesmo a renúncia **genérica** ao direito ao recurso **não** impede que certos direitos constitucionais sejam defendidos recursalmente.

Por óbvio, as bases do direito estado-unidense são sobremaneira distintas da tradição jurídica brasileira, sendo incorreto transplantar para o Brasil, sem maiores cuidados, as categorias dogmáticas norte-americanas. Nada obstante, uma lição pode ser extraída do *case* acima: devemos analisar com muita cautela a validade da renúncia ao direito a recurso operada de modo **genérico, indefinido** ou “às cegas”, isto é, a renúncia a recursos **sequer interpostos**. Nem mesmo na sistemática do *plea bargaining* a renúncia ao direito a recorrer é **absoluta**.

Feito esse percurso inicial, cumpre lembrar que a Segunda Turma do STF, ao analisar o HC n.º 176.785/DF, decidiu que a realização de acordo de **transação penal** não enseja, necessariamente, a perda de objeto de *habeas corpus* anteriormente impetrado. No caso, o min. Edson Fachin salientou que o acordo de transação penal **não** fez qualquer **menção** ao *habeas corpus* impetrado, a sinalizar, portanto, que, na visão do ministro, a renúncia ao *writ* poderia ter sido objeto da avença. No mesmo sentido, a ministra Cármen Lúcia asseverou que os acordantes silenciaram acerca do *habeas corpus*

pendente de apreciação, restando incabível falar em uma espécie de **renúncia genérica** ao *writ*, pelo só fato de ter sido celebrado um acordo de transação penal.

Portanto, em atenção ao precedente acima, que rejeita o *waiver* norte-americano, defendemos que o acordo de não persecução penal somente pode contemplar a renúncia a recursos ou *writs* **já atravessados** pelo investigado, os quais devem ser devidamente individualizados pelos acordantes, **vedada** a pactuação de **renúncia genérica** ou **renúncia ao direito a recorrer**.

1.4.9 Renúncia do Ministério Público a requerimentos cautelares já formulados

Entendemos que raciocínio semelhante ao caso acima pode ser adotado quanto à possibilidade de renúncia do Ministério Público a **requerimentos cautelares já protocolizados**, por ocasião da celebração de acordo de não persecução penal. Considerando que um dos principais propósitos desse acordo é evitar a proliferação de demandas penais no interior do Judiciário, promovendo a pacificação social por meio da redução de litigiosidade, assim como reduzir os altos índices de encarceramento no país (seja o provisório, seja o definitivo), a **cláusula de imunidade a cautelares** (e. g. prisão preventiva) pode ser um excelente objeto de negociação, desde que devidamente ponderado no caso concreto.

Essa possibilidade fica ainda mais clara ao se analisar a novel **imunidade** à propositura de **medidas cautelares e assecuratórias** em sede de acordos de **colaboração premiada** (artigo 3º-B, § 3º, da Lei n.º 12.850/2013), recentemente introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei Anticrime. Se a **cláusula de imunidade a cautelares** é admitida em acordos de delação premiada, que combatem crimes mais graves, pode ela ser negociada em acordos de não persecução penal, pois *a maiori, ad minus* (quem pode o mais, pode o menos). Embora o artigo 28-A do CPP não preveja **expressamente** essa possibilidade de renúncia pelo Ministério Público, entendemos que, com apoio no artigo 4º da LINDB⁶², o recurso da *analogia in bonam partem* pode ser aplicado ao tema em questão.

1.5 Descumprimento justificado e injustificado.

Fungibilidade, novação e direito de justificação

É possível que, durante o cumprimento da avença, o acordante se veja impossibilitado, por motivos **justificáveis**, de cumprir uma ou mais condições. Por exemplo, é comum que, durante a fase de cumprimento das obrigações livremente assumidas, acordantes anteriormente desempregados venham a empregar-se – o que é bom e ocorre graças à não denúncia, que **evitou a sua estigmatização** no mercado de trabalho –, e, diante disso, vejam-se impossibilitados de adimplir a condição do inciso III (prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas).

Em casos tais, e considerando que as condições previstas no artigo 28-A do CPP são perfeitamente **fungíveis** entre si, recomenda-se (1) o **aditamento** do termo de acordo de não persecução penal, a fim de **substituir** a condição ameaçada de descumprimento, e (2) a submissão do novo pacto à **homologação judicial**. A propósito, dá-se o nome de **novação** à substituição de uma obrigação original por uma obrigação **nova**, ou seja, diferente daquela anteriormente entabulada pelos interessados. Como dito, essa **novação** deve ser **expressa** (e não **tácita**), ou seja, prevista em **termo de aditamento** de acordo de não persecução penal, com o objetivo de garantir transparência à avença e segurança aos interessados.

Atenção:

Segundo os ensinamentos da doutrina civilista (TARTUCE, 2020, p. 620–621), a novação pode ser **objetiva** ou **subjativa**. A primeira, também chamada de **novação real**, é a modalidade mais comum, ocorrendo nas hipóteses em que um acordante contrai com o outro nova obrigação, para extinguir a primeira. A novação **subjativa** ou **pessoal**, por sua vez, é aquela em que ocorre a substituição dos sujeitos da relação jurídica obrigacional, criando-se uma nova obrigação, com um novo vínculo entre os interessados.

Feita essa introdução, parece evidente que a única forma de **novação** admitida em sede de acordo de não persecução penal é a **objetiva**, diante da **fungibilidade** entre as condições possíveis de pactuação (artigo 28-A do CPP). A novação subjetiva, por outro lado, **não tem lugar** nessa temática, pois tanto o investigado/acordante não pode **fugir** à resposta estatal quanto o Ministério Público não pode recusar o **múnus** que lhe é confiado **constitucional, convencional e legalmente**.

Caso a condição venha a ser efetivamente **descumprida**, deve ser garantido ao acordante o **direito de justificação**, no prazo de **cinco dias**⁶³. Se, todavia, mesmo garantido o contraditório, o acordante não exercê-lo ou restar comprovado o descumprimento **injustificado**, restará ao membro do Ministério Público peticionar ao juízo, requerendo (1) a **rescisão judicial** do acordo, (2) a intimação da vítima e (3) vista dos autos para oferecimento de **denúncia**, com fundamento no artigo 28-A, §§ 9º e 10, do CPP.

Daí porque pedimos vênia para não concordar com a expressão “imediatamente” contida no enunciado n.º 26 do CNPG, a preceituar que o direito de justificação, embora garantido, deve ser exercido **sem prazo algum**. Eis o teor do enunciado: Deverá constar expressamente no termo de acordo de não persecução penal as consequências para o descumprimento das condições acordadas, bem como o compromisso do investigado em comprovar o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo apresentar, **imediatamente** e de forma documentada, eventual justificativa para o não cumprimento de qualquer condição, sob pena de imediata rescisão e oferecimento da denúncia em caso de inércia (§ 10º)” (negrito).

1.5.1 Não oferecimento de suspensão condicional do processo

O descumprimento **injustificado** das condições entabuladas em acordo de não persecução penal poderá ser utilizado pelo *Parquet* como justificativa para o **não oferecimento** de suspensão condicional do processo (artigo 28-A, § 11, do CPP).

Essa previsão legal reproduz o teor do artigo 18, § 10, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, embora, no caso da resolução, houvesse nítida **inconstitucionalidade formal**. É que o CNMP regulamentou hipótese de

vedação ao *sursis* processual (que tem lugar durante um processo penal já inaugurado), o que configura invasão à competência legislativa da União para tratar de matéria processual (artigo 22, I, da CF⁶⁴).

1.5.2 Não restituibilidade da obrigação parcialmente cumprida

Por fim, é preciso lembrar que, descumprido **injustificadamente** o acordo de não persecução penal pelo investigado/acordante, eventuais condições parcialmente adimplidas por ele **não** poderão ser-lhe “devolvidas”, como se fosse possível retornar ao *status quo ante*. Trata-se da característica da **não restituibilidade** da obrigação parcialmente cumprida.

Ao contrário do descumprimento **justificado**, o **injustificado** representa quebra (1) **imotivada** dos termos avençados e, acima de tudo, (2) **desejada apenas** pelo investigado (unilateral), que, *sponte sua*, frustra tanto o **resultado** negocial almejado (recomposição da vítima e do meio social, redução da litigiosidade e economia processual) quanto os **esforços** empregados por ele próprio e pelo *Parquet* para a realização do acordo. Naturalmente, o ônus decorrente dessa **frustração** negocial deverá ser suportado apenas por quem lhe deu causa.

Caso hipotético:

Se determinado acordante, restando metade do tempo de prestação de serviços à comunidade (condição a que livremente se comprometeu), **desejar** descumprir o termo de acordo de não persecução penal firmado com o Ministério Público, o ônus decorrente dessa **frustração** negocial será apenas de quem lhe deu causa. O investigado/acordante não poderá “devolver” a “**imunidade de não ser denunciado**” da qual usufruiu; igualmente, o Ministério Público não poderá “devolver” o “**tempo de prestação de serviços à comunidade**” cumprido pelo investigado/acordante.

Inclusive, por **inexistir** cumprimento de pena ou medida cautelar dentre as condições do acordo de não persecução penal, **incabível** falar em futura **detração** (artigo 42 do Código Penal⁶⁵).

1.6 Natureza jurídica da confissão

O acordo pressupõe que o investigado **aceite conversar sobre os fatos** narrados na investigação criminal e **decida confessá-los** – caso os tenha cometido, obviamente, sob pena de cometer o crime de autoacusação falsa (artigo 341 do Código Penal). Diferentemente do acordo de transação penal, em que a confissão **não é cabível**, por versar crimes de **menor potencial ofensivo**, o acordo de não persecução penal exige a **confissão extrajudicial**, já que cuida de crimes de **média gravidade**, como estelionato, furto qualificado, receptação dolosa e embriaguez ao volante.

Por certo, o investigado não é obrigado a comparecer ao *Parquet* para conversar sobre os fatos e confessá-los, haja vista o **princípio da não autoincriminação forçada** ou da inexigibilidade da autoincriminação – reflexo do **direito ao silêncio**, previsto no artigo 5º, LXIII, da CRFB⁶⁶ –, que, por sinal, abarca não apenas as pessoas presas. Nesse sentido, eis a lição de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 55): A forma como o direito de não se incriminar foi escrito e inserido em nosso texto constitucional e nos Tratados Internacionais acima referidos padece de deficiência, porquanto, em um primeiro momento, dá impressão de que teve como destinatário apenas a pessoa que se encontra na condição processual de preso, ou que figura como acusado da prática de determinado delito. [...]

A doutrina mais aceita, contudo, é a de que o dispositivo constitucional em destaque se presta para proteger não apenas quem está preso, como também aquele que está solto, assim como qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal. Pouco importa se o cidadão é suspeito, indiciado, acusado ou condenado, e se está preso ou em liberdade. Ele não pode ser obrigado a confessar o crime.

A título ilustrativo:

Acerca do princípio da não autoincriminação forçada, vale citar a redação da Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos (EUA, 1787), segundo a qual, entre outras coisas, nenhuma pessoa pode ser **compelida** a produzir provas contra si própria. Inclusive, antes que uma autoridade pública faça perguntas incriminadoras, o arguido deve ser advertido de seu direito ao silêncio. A esse respeito, cumpre referir o paradigmático caso norte-americano *Miranda v. Arizona* (EUA, 1966).

Portanto, a confissão não se afigura, por si só, **inconstitucional**, **inconvencional** ou **ilegal**. O problema reside na confissão **forçada** ou naquela obtida de modo **clandestino**, desacompanhada das conhecidas e indispensáveis advertências constitucionais, como exige o artigo 14, item 3, g, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, *in verbis*: Artigo 14

[...] 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena [igualdade], a, pelo menos, as seguintes garantias: g) De **não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada**. (negrito) Previsão semelhante reside no artigo 8 (Garantias judiciais), item 2, g, da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica: Artigo 8. (Garantias judiciais)

[...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g. **direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada**; (negrito)

[...] 3. A confissão do acusado só é válida se feita **sem coação de nenhuma natureza**. (negrito) Vale lembrar que os dois documentos internacionais acima versam sobre direitos humanos e se encontram incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro, logo, possuidores de *status supralegal*, conforme a teoria do duplo estatuto (RAMOS, 2014, p. 434), reconhecida pelo STF no RE n.º 466.343/SP, segundo a qual os tratados internacionais sobre direitos humanos, não ratificados em votação semelhante à das emendas constitucionais (artigo 5º § 3º, da CRFB⁶⁷), não possuem *status* igual ao dos dispositivos previstos na lei maior, embora estejam acima das leis ordinárias (força supralegal)⁶⁸.

Assim, é bom destacar que o acordo de não persecução penal ocorre apenas na hipótese de confissão ou autoincriminação **voluntária**, de modo

que nenhum constrangimento seja dirigido ao investigado, muito pelo contrário: a nossa experiência em acordos de não persecução penal, no bojo do projeto “MP Consensuado: Desburocratizando a Justiça Criminal”, mostra uma taxa de aceite superior a 93%.

Por fim, vale salientar que, se a autoridade pública **coagir** alguém, física ou moralmente, a confessar a prática de um crime, causando-lhe **sofrimento**, restará consumado o crime de **tortura**, previsto no artigo 1º, I, *a*, da Lei n.º 9.455/1997⁶⁹.

1.6.1 Brady material e a supressão de evidência favorável à defesa

Lembre-se que a proposta de acordo de não persecução penal é **incabível** nas hipóteses de **arquivamento** do inquérito policial ou do procedimento investigatório criminal (*opinio delicti* negativa), nos termos do artigo 28-A, *caput*, do CPP. Disso decorre que o membro do Ministério Público, antes de oferecer o acordo, deve perquirir no procedimento investigativo sob sua análise a existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, vedada a **omissão** pelo *Parquet* de **evidência favorável ao investigado**, capaz de exonerar a responsabilidade penal deste.

A título ilustrativo:

No caso norte-americano *Brady v. Maryland* (EUA, 1963), a Suprema Corte assentou que viola o devido processo legal a **supressão**, pelo órgão de persecução penal, de evidência favorável ao imputado, capaz de exonerar a culpa deste ou diminuir a sua pena (*Brady material*).

Posteriormente, em *United States v. Agurs* (EUA, 1976), a Suprema Corte decidiu existir um **dever de revelação de evidências** por parte do órgão de persecução penal, **independentemente de requerimento defensivo**, sempre que a sua omissão negar ao imputado o seu direito a um julgamento justo ou gerar dúvida razoável sobre a sua culpa.

Com efeito, o membro do Ministério Público deve trazer ao procedimento investigativo elementos de informação que esclareçam os fatos, **quer**

favoráveis à acusação, quer à defesa. A esse respeito, *vide* o teor do artigo 54, item 1, *a*, do Estatuto de Roma, também dotado de força normativa **supralegal**: Funções e Poderes do Procurador em Matéria de Inquérito

1. O Procurador deverá:

a) A fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito a todos os fatos e provas pertinentes para a determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com o presente Estatuto e, para esse efeito, **investigar, de igual modo, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa;** (negrito) Redação semelhante já havia sido adotada pelos itens 13, *b*, e 14 dos “Princípios Orientadores Relativos à Função dos Magistrados do Ministério Público”, por ocasião do Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes: 13. No desempenho dos seus deveres, os magistrados do Ministério Público deverão:[...]

b) Proteger o interesse público, atuar com objetividade, ter devidamente em conta a posição do suspeito e da vítima, e prestar atenção a todas as circunstâncias relevantes, **independentemente de as mesmas serem favoráveis ou desfavoráveis ao suspeito;** (negrito)[...]

14. Os magistrados do Ministério Público não deverão deduzir nem prosseguir uma acusação, ou farão todos os esforços para suspender o processo, **caso uma investigação imparcial demonstre que a acusação não tem fundamento.** (negrito) Portanto, ao analisar se determinado caso admite acordo de não persecução penal, o membro do Ministério Público, independentemente de requerimento defensivo, deve trazer ao procedimento investigativo elementos de informação que esclareçam os fatos, quer favoráveis à acusação, quer à defesa, vedada a supressão, pelo órgão de persecução penal, de evidência favorável ao imputado, capaz de exonerar a responsabilidade deste.

1.6.2 Magnus consensus e condição de evitação da denúncia

Dito isso, a proposta de acordo de não persecução penal somente pode ocorrer após a formação de opinio delicti **positiva** por parte do membro do Ministério Público, a demonstrar, pois, que o relato dos fatos pelo investigado e a sua confissão **não funcionam** como **início de prova** para denunciar. Ora, já há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria para **denunciar**,

logo, **não** é este o papel desempenhado pela confissão. O propósito não é robustecer o material probatório que acompanha a denúncia, **pois não se objetiva denunciar, e sim acordar**.

Observe-se também que a confissão em análise **não** representa **assunção de culpa**: **não** haverá processo, sentença criminal ou pena. Não se tem, aqui, um acordo de admissão de culpa a resultar na condenação criminal do acordante, como ocorre na sistemática norte-americana do *plea bargaining*.

No acordo de não persecução penal, a única utilidade da confissão é demonstrar que *Parquet* e investigado **concordam** acerca dos fatos e sua autoria, **inexistindo**, assim, interesse na solução **beligerante** do caso via processo-crime. A confissão, pois, é a *magnus consensus* entre os interessados, isto é, a máxima demonstração de que (1) a narrativa fática é **unânime**, ou seja, a mesma para ambos os interessados, e (2) o mecanismo escolhido por eles para a solução do caso penal é a **consensual**, e não a processual.

Portanto, no acordo de não persecução penal, a confissão serve para demonstrar a todos que aquele caso penal de **média gravidade** está “solucionado”. Tanto isso é verdade que, se investigado e *Parquet* **divergirem** sobre os fatos ou sua autoria, a única via possível para a solução do caso será a processual, como tradicionalmente ocorre. Tome-se o exemplo (1) da **confissão qualificada**, situação em que, embora o agente admita os fatos, o faz mediante **teses defensivas** (e. g. legítima defesa), (2) da **confissão parcial**, em que o investigado admite somente **parte** da imputação que pesa contra si, ou (3) da **confissão indireta**, na qual o sujeito confessa a prática de fatos **diversos** daqueles narrados na imputação. Em casos tais, naturalmente, a solução se dará via processo-crime.

Assim, a **confissão** em sede de acordo de não persecução penal serve apenas para provar o **máximo consenso possível** entre os interessados, tornando desnecessária a deflagração de uma ação penal, pois se adotou uma forma **alternativa** de resolução do conflito. Com isso, parece correto afirmar que a confissão, no acordo de não persecução penal, possui a **natureza jurídica de condição de evitação da denúncia**, e não início de prova.

1.6.3 Venire contra [p]actum proprium

Configura violação ao princípio geral do direito⁷⁰ que **veda o comportamento contraditório** (*venire contra factum proprium* ou “vir contra os seus próprios atos”) qualquer uso inquisitorial ou acusatório de uma confissão obtida para fins **estritamente consensuais**.

Visão do STF:

No sistema das invalidades, deve-se observar a necessária vedação ao comportamento contraditório, cuja rejeição jurídica está bem equacionada na teoria do *venire contra factum proprium*, em abono ao princípio da boa-fé (HC n.º 104.185/RS). Ninguém pode se opor a fato a que tenha dado causa: é esta a essência do brocardo latino *nemo potest venire contra factum proprium* (ACO n.º 652/PI).

Se o Ministério Público, **negocialmente**, deu causa à confissão do investigado, apenas para fins de **prova do consenso** e **evitação da denúncia** – e não início de prova –, é defeso ao *Parquet*, posteriormente, vir contra os seus próprios atos, isto é, incorrer em comportamento contraditório, ajuizando ação penal lastreada na confissão acima. A essa vedação sugerimos o seguinte brocardo: *venire contra pactum proprium* (“vir contra os seus próprios **acordos**”), fundado na ideia de que a confissão extrajudicial obtida pelo Ministério Público para os fins exclusivos de acordo de não persecução penal **não** pode mover o *Parquet* a futuramente “agir contra os seus próprios acordos”.

Se a confissão foi obtida **consensualmente** e apenas para os fins de acordo, por qual motivo, violando essa finalidade, utilizá-la para subsidiar uma ação penal que **já possui justa causa**? Eventual desrespeito ao *venire contra pactum proprium* poderá **desestimular** ou, quiçá, **desacreditar completamente** a legitimidade do acordo de não persecução penal⁷¹. Nesse ponto, o artigo 28-A do CPP carece de melhor regulamentação.

Não compreendemos a sanha de se utilizar, em futura ação penal, a confissão obtida consensualmente.

A uma, cumpre lembrar que a **confissão é retratável e divisível**. Significa dizer que, seja no âmbito extrajudicial (v. g. acordo de não persecução penal), seja no judicial, o confitente pode **desdizer, parcial ou integralmente**, a

versão dos fatos anteriormente exposta por ele, conforme o teor do artigo 200 do CPP, *in verbis*: “A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

A duas, conforme a lição de Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 309), as confissões extrajudicial e judicial **não possuem o mesmo valor**. Segundo o autor, a primeira é somente um **indício** de culpa, necessitando ser confirmada em juízo por outras provas, enquanto a segunda é **meio de prova direto**, mas também robustecida pelas demais provas.

1.6.4 Proteção à confissão consensualmente obtida. De lege ferenda e de lege lata

Observe-se que o Projeto Anticrime, ao tentar introduzir no Brasil algo semelhante ao *plea bargaining* norte-americano, buscou respeitar o *venire contra pactum proprium*: Projeto Anticrime

Art. 395-A [...]

§ 9º **Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos**, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório. (negrito) Uníssono o projeto do novo Código de Processo Penal, ao versar sobre **acordos penais**:

Projeto do Novo Código de Processo Penal

Art. 313. **Não sendo a transação homologada, será ela desentranhada dos autos**, ficando as partes proibidas de fazer referência aos seus termos e condições, o mesmo se aplicando ao juiz em qualquer ato decisório. (negrito) *De lege lata*, vale citar que, nos termos dos itens II, 8, e III, 16, da Resolução n.º 2002/12 da Organização das Nações Unidas, que define princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, a participação do ofensor **não deverá** ser usada como **prova de admissão de culpa** em processo judicial ulterior e eventual **insucesso** do processo restaurativo **não poderá** ser usado no processo criminal subsequente: Resolução n.º 2002/12 da Organização das Nações Unidas

II. Utilização de Programas de Justiça Restaurativa

8. A vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso, sendo isso um dos fundamentos do processo restaurativo. **A participação do**

ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior.[...]

III. Operação dos Programas Restaurativos

16. Quando não houver acordo entre as partes, o caso deverá retornar ao procedimento convencional da justiça criminal e ser decidido sem delonga. **O insucesso do processo restaurativo não poderá, por si, [ser] usado no processo criminal subsequente.** (negrito) Ainda no tocante à **proteção** dada à confissão proferida **fora do ambiente beligerante**, cumpre mencionar o teor dos arts. 2º, § 1º, e 8º, § 5º, da Resolução n.º 225/2016 do CNJ, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, *in verbis*: Resolução n.º 225/2016 do CNJ

Art. 2º [...]

§ 1º Para que o conflito seja trabalhado no âmbito da Justiça Restaurativa, **é necessário que as partes reconheçam**, ainda que em ambiente confidencial incomunicável com a instrução penal, **como verdadeiros os fatos essenciais, sem que isso implique admissão de culpa em eventual retorno do conflito ao processo judicial.** (negrito)[...]

Art. 8º [...]

§ 5º **Não obtido êxito na composição, fica vedada a utilização de tal insucesso** como causa para a majoração de eventual sanção penal ou, ainda, de qualquer informação obtida no âmbito da Justiça Restaurativa **como prova.** (negrito) O mesmo ocorre na hipótese de **retratação** da proposta de acordo de **colaboração premiada**. Segundo o artigo 4º, § 10, da Lei n.º 12.850/2013, os interessados ou partes podem **retratar-se** da proposta de colaboração premiada, caso em que as **provas autoincriminatórias** produzidas pelo colaborador **não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor** – isto é, apenas poderão ser utilizadas contra pessoas delatadas. Segundo Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 359), essa **retratação** deve ocorrer **depois da homologação** do juiz e antes da sentença condenatória. Para Gustavo Badaró (2015, p. 456), “não havendo qualquer restrição ou condicionamento na lei, entende-se que a delação pode ser retratada a qualquer momento, por mero ato dispositivo do delator”.

Note-se que o objetivo das redações expostas acima é **proteger a confissão obtida consensualmente**, o que, a um só tempo, dá **segurança** ao investigado/acordante e **confiabilidade** ao instituto negocial, sem os quais a justiça consensual na área criminal sofrerá grande descrédito. A

confiabilidade é ingrediente **essencial** para a sobrevivência de práticas consensuais, a qual pode ser **completamente perdida** pela mera suspeita do acordante de que a sua confissão não receberá a devida proteção jurídica.

Ao acordante não serve um **acordo sem garantias** para o caso de insucesso da avença. O “aperto de mão” precisa ser de “ouro” (*golden handshake* ou “aperto de mão dourado”⁷²), isto é, **bom para ambos os acordantes e sem riscos**. Essa **garantia** está presente nos quatro principais mecanismos de **tratamento adequado do conflito**: negociação, justiça restaurativa, mediação e arbitragem.

Por possuírem aplicabilidade na **área criminal**, os principais exemplos de **proteção à confissão** na justiça restaurativa e na negociação já foram dados acima. Resta citar a presença de tal **garantia** na mediação e na arbitragem, apenas a título ilustrativo.

Em razão do dever de sigilo inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, **não poderão divulgar ou depor** acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação (artigo 166, § 2º, do CPC). Inclusive, as informações produzidas no curso do procedimento **não poderão ser utilizadas para fim diverso** daquele previsto por expressa deliberação das partes (artigo 166, § 1º, do CPC).

Por sua vez, em relação à **arbitragem**, eventuais atos processuais posteriormente praticados tramitarão em segredo de justiça, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo (artigo 189, IV, do CPC).

1.6.5 Autos apensos. A hipótese de desentranhamento da confissão

Prudente que os elementos de informação obtidos consensualmente sejam tratados com **cautela** e mantidos **separadamente** do caderno investigativo, a fim de **cindir** os elementos inquisitoriais e os de natureza consensual, como as tratativas e, principalmente, a confissão.

Isso porque, na hipótese de **não homologação** de determinada avença e posterior ação penal, se a confissão não receber a devida **proteção** via **desentranhamento dos autos**, haverá uma enorme falta de **confiabilidade** no instituto negocial, sobretudo por parte dos investigados/acordantes, tornando **infamado** o acordo de não persecução penal.

Caso hipotético:

Imagine o caso de o juiz das garantias não homologar determinado acordo de não persecução penal, e, com isso, devolver os autos ao Ministério Público, que vem a concordar com as razões do magistrado. Poderá o *Parquet* promover uma ação penal pública em desfavor do investigado/acordante, fazendo uso da confissão obtida consensualmente?

A busca pela resposta ao caso hipotético acima leva o intérprete a refletir sobre a importância da formação de **autos apensos**, que buscam **marcar** a diferença entre o material **inquisitorial**, que continuará nos **autos principais** (inquérito policial, procedimento investigatório criminal, etc.), e os elementos **consensuais**, a exemplo do convite/notificação ao investigado para comparecimento em audiência extrajudicial de acordo, das tratativas entabuladas e do termo de acordo de não persecução penal.

Com isso, na hipótese de não homologação de determinada avença, a confissão poderá, fácil e organizadamente, receber a devida proteção via desentranhamento dos autos apensos, sem prejuízo à higidez dos elementos inquisitoriais. A ação penal, por sua vez, será lastreada somente pelos autos principais, como tradicionalmente ocorre.

Atenção:

A **marcação** acima ajuda a compreender o motivo pelo qual a ausência de confissão na fase policial **não veda** a proposta de acordo de não persecução penal.

Primeiro, a confissão prestada em sede de acordo é **consensual**, e não **inquisitorial**, logo, não se pode exigir do imputado, para fins de mera **proposta** de acordo, a sua prévia autoincriminação em expediente **inquisitorial**. É evidente que o procedimento inquisitorial possui objetivos **diferentes** do procedimento consensual.

Segundo, o imputado possui diversas oportunidades de fala, tanto na fase pré-processual quanto na processual, podendo, em cada uma delas, falar, calar ou mudar a sua versão dos fatos. Inclusive, mesmo havendo confissão, o imputado pode dividi-la ou se retratar (artigo 200 do CPP⁷³).

À época da vigência do artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, como membro auxiliar do Centro de Apoio Operacional Criminal, sugerimos ao Procurador-Geral de Justiça e ao Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Pará o seguinte dispositivo normativo, em sede de **regulamentação interna** do acordo de não persecução penal: [173](#)

O acordo será formalizado por escrito, em **autos apensos** ao procedimento investigatório criminal, ao inquérito policial ou a quaisquer outras peças de informação, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. (negrito) A proposta foi **acolhida** e constitui, atualmente, o § 3º do artigo 18 do Provimento Conjunto n.º 01/2019-MP/PGJ/CGMP, que regulamenta a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público do Estado do Pará, dispõe sobre o acordo de não persecução penal e dá outras providências.

Por fim, ressalte-se que os **autos apensos** serão formados pela secretaria judiciária, e não pelo Ministério Público ou pelo investigado/acordante. Após a audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal, o membro do Ministério Público **requererá** ao juízo (1) a formação de **autos apensos**, contendo os expedientes negociais recém-praticados, e a (2) **homologação** da avença.

A formação de autos apensos também será útil durante a fiscalização (“execução”) do acordo, evitando que o juízo das medidas alternativas (“execução penal”) receba, **desnecessariamente**, o inquérito policial ou o procedimento investigatório criminal, como ainda será abordado neste capítulo.

1.6.6 A audiência de custódia

Outro ponto capaz de **enfraquecer** a legitimidade do acordo de não persecução penal é a redação do artigo 18, § 7º, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP⁷⁴, segundo a qual o acordo poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. Embora tal dispositivo não tenha sido reproduzido pela Lei Anticrime, é igualmente correto afirmar que a nova lei não vedou essa possibilidade.

Defendemos que o acordo de não persecução penal somente deve ser pactuado em ambiente **suficientemente adequado** para a prática consensual. A ocasião da audiência de custódia (que consiste na apresentação ao juiz de uma pessoa **presa** nas últimas 24h, abordando as circunstâncias da prisão do custodiado e possibilitando a imposição de **prisão preventiva** ou medidas cautelares diversas da prisão) representa um **ambiente frustrante para a prática consensual**, em que o custodiado, muito provavelmente, **aceitará quaisquer condições** propostas e **confessará** até mesmo as imputações **desprovidas de justa causa**. Crítica semelhante pode ser dirigida a propostas de acordo de não persecução penal a pessoas **presas cautelarmente**.

Em adição a isso, lembre-se que a audiência de custódia tem por base fática e jurídica um **simples** auto de prisão em flagrante. Dessa forma, como saber se esse expediente **sumário** não desaguará no arquivamento do caso? E se a tentativa de acordo em audiência de custódia ocorrer no plantão forense, em que, frequentemente, o membro do Ministério Público não será o promotor natural do feito (o mesmo podendo ser dito em relação ao juiz)?

As perguntas acima ilustram situações frequentes. A nosso sentir, o recomendável é reunir os dados pessoais do flagrantado, obtidos em audiência de custódia, e agendar para data razoável uma audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal, desta vez em ambiente **consensualmente adequado**. O roteiro de marcação de audiência extrajudicial de acordo pode ser conferido no capítulo 3 desta obra.

Por fim, vale frisar que o Projeto de Lei n.º 10.372/2018 contemplava **expressamente** a possibilidade de realização de acordo de não persecução penal em audiências de custódia (artigo 28-A, § 5º, do projeto⁷⁵), em redação semelhante ao artigo 18, § 7º, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP. Como é sabido, tal proposta **não vingou** nessa parte, o que pode nos dizer algo para fins de **rejeição** da possibilidade de acordo em audiências de custódia.

1.7 Contraditório e ampla defesa, presunção de inocência e devido processo legal

Indispensável frisar que o acordo de não persecução não substitui o processo penal: a avença surge como uma oportunidade de **evitação** do processo-crime, uma **alternativa** na fase extrajudicial em favor do investigado, que, evidentemente, pode **recusar** a proposta ministerial, mediante orientação de seu advogado ou defensor público. Assim, o acordo **não banaliza** o sistema de justiça, como se **impusesse** condições ao investigado ou oferecesse à sociedade uma **meia justiça**.

1.7.1 Contraditório e ampla defesa

A intervenção do defensor é **cogente** e sempre **à vista dos autos investigativos** – a fim de evitar, por exemplo, eventual *bluffing* ou *overcharging* por parte do membro do *Parquet*.

Atenção:

Bluffing significa “blefando”, isto é, quando a acusação diz ao investigado possuir mais elementos de informação para imputar do que verdadeiramente tem, com o objetivo de atemorizar o investigado a pactuar ou a aceitar condições nitidamente abusivas.

Por sua vez, *overcharging* significa “excesso de acusação”, ou seja, quando o Ministério Público imputa ao investigado crimes mais graves do que os elementos de informação revelam, seja para qualificar ou majorar o tipo penal (p. ex.: imputa-se roubo majorado, em vez de roubo simples), seja para aumentar o número de fatos criminosos (v. g. imputa-se furto qualificado e receptação, em vez de apenas um deles).

Dessa forma, considerando que, segundo o Plenário do STF ao apreciar a AP n.º 565/RO, os procedimentos investigativos são marcados pelo **contraditório diferido**, eventual proposta de acordo de não persecução penal **cessa** tal postergação, pois encerrada a investigação e formada a *opinio delicti* positiva. A proposta deve garantir ao investigado o pleno acesso aos autos e a

oportunidade de a defesa técnica estudar **previamente** o procedimento investigativo, a fim de que, à vista dos elementos de informação contrários e favoráveis ao investigado e da versão deste, o membro da OAB ou da Defensoria Pública posicione-se a favor (integral ou parcialmente) ou contra a proposta ministerial, praticando, assim, a **ampla defesa** do investigado.

O acesso aos autos investigativos pelos membros da OAB e da Defensoria Pública, em conformidade, respectivamente, com o artigo 7º, XIV, do Estatuto da Advocacia⁷⁶ e o artigo 4º, XIV, da Lei Orgânica da Defensoria Pública⁷⁷, permite analisar se o membro do Ministério Público, ao propor um acordo, possui a seu dispor material investigativo dotado, em tese, de **justa causa** para a ação penal pública, a evidenciar que a proposta de acordo é **fundada, não graciosa**, pensada como uma **alternativa** à propositura de denúncia em desfavor do investigado. Afinal, a proposta de acordo apenas pode ter lugar diante de uma *opinio delicti* positiva.

Diferente é a situação em que o material investigativo se mostra **desprovido de justa causa** para a ação penal pública: aqui, eventual proposta de acordo é **infundada, graciosa**, ferindo o artigo 28-A, *caput*, do CPP, que **veda** o acordo de não persecução penal sempre que a investigação merecer o **arquivamento**. Portanto, **não há discricionariedade** a favor do membro do Ministério Público: a *opinio delicti* negativa **sempre** levará ao arquivamento do procedimento investigativo, vedada a proposta de acordo.

Não confunda:

Diante do dever de **objetividade** exigido pelo artigo 28-A do CPP, o Ministério Público somente pode celebrar o acordo quando preenchidos os requisitos legais e delimitada a imputação ministerial. Daí falar-se no **princípio da oportunidade regrada**. Não existe liberdade discricionária do *Parquet*, ao contrário da sistemática norte-americana do *plea bargaining*.

Em *Bordenkircher v. Hayes* (EUA, 1978), a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu a **larga discricionariedade** do *prosecutor* (promotor) no que diz respeito à formulação de imputações. Caso Hayes aceitasse um acordo de admissão de culpa, a imputação possuiria uma pena leve; do contrário, a acusação ministerial seria bem mais grave (*charge bargaining*). Por maioria, a Suprema Corte dos Estados Unidos reputou válida tal discricionariedade do Ministério Público, o que, até onde se pode ver, **não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro**.

No Brasil, o *Parquet* **não** pode negociar a capitulação penal (*charge bargaining*), a quantidade de delitos imputados (*count bargaining*) ou a descrição fática do caso (*fact bargaining*), **somente a pena** (*sentencing bargaining*), como ocorre em alguns acordos de delação premiada (artigo 4º, *caput*, da Lei n.º 12.850/2013).

Veja-se, portanto, que, em acordos de não persecução penal, as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa **não** sofrem vulnerações: em verdade, o ordenamento jurídico apenas passa a oferecer ao investigado uma **oportunidade de evitação** do processo penal, **que pode ser livremente aceita ou recusada**.

1.7.2 Presunção de inocência

No Brasil, sob o ponto de vista **formal**, o **princípio da não culpabilidade** vem insculpido no artigo 5º, LVII, da CRFB, segundo o qual: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. De outro lado, sob o ponto de vista **substancial**, derivam três dimensões do princípio do estado de inocência: 1) a regra probatória ou regra de julgamento; 2) a regra de tratamento; e 3) a regra de garantia. Na lição de

Luiz Flávio Gomes (1999, p. 108–109): No que concerne à natureza jurídica da presunção de inocência, urge destacar o seguinte: do ponto de vista extrínseco (formal), destarte, no Brasil, o princípio da presunção de inocência configura um direito constitucional fundamental, é dizer, está inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana (art. 5º). Do ponto de vista intrínseco (substancial), é um direito de natureza predominantemente processual, com repercussões claras e inequívocas no campo probatório, das garantias (garantista) e de tratamento do acusado.

Ora, se o acordo de não persecução firmado entre o Ministério Público e o investigado **evita** o processo penal, por óbvio, a avença **não** fere a presunção de inocência sob o ponto de vista extrínseco (**formal**). Afinal, na sistemática do acordo, **não** há culpado, ação penal, processo, sentença penal condenatória ou trânsito em julgado; há apenas acordantes, tratativas, homologação judicial e extinção da punibilidade.

Da mesma forma, a pactuação: (1) não busca demonstrar a culpabilidade de um acusado, pois sequer há denúncia oferecida, motivo pelo qual não se atinge a **regra probatória**; (2) não confere ao investigado/acordante o tratamento de condenado ou culpado, muito pelo contrário, pois sequer há processo penal em trâmite e os atos extrajudiciais são puramente consensuais, razão pela qual não se fere a **regra de tratamento**; e (3) não subtrai do investigado garantias constitucionais, como a proibição de autoincriminação forçada, o contraditório e a ampla defesa, conforme exposto alhures, motivo por que não se vulnera a **regra de garantia**.

1.7.3 Devido processo legal

Por fim, observe-se a **ausência** de qualquer lesão à garantia constitucional do devido processo legal (artigo 5º, LIV, da CRFB). Segundo o dispositivo em análise, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Observe-se que o acordo de não persecução penal **não** atinge, **em momento algum**, a liberdade da pessoa humana (não cuida de **penas** ou **prisões**) e representa somente uma alternativa **consensual** ao início de um processo-crime, em nome do princípio da oportunidade da ação penal pública e com vistas à redução da litigiosidade.

Trata-se de uma oportunidade de **escolha** para o investigado/acordante, precedida de cientificações de direitos constitucionais e formalizada mediante

as exigências contidas no artigo 28-A do CPP. O acordante apenas entregará **bens** se, após a **necessária** orientação de seu advogado ou defensor público, **livremente desejar**, inexistindo, ainda, qualquer ameaça ou constrangimento nesse sentido.

A propósito, com o objetivo de melhor demonstrar a ausência de ameaça ou constrangimento por ocasião do acordo, evitando-se alegações de nulidade ou abuso de autoridade, sugere-se a **gravação** da audiência extrajudicial mediante **recurso audiovisual**, ponto que será melhor explorado adiante.

1.8 Reparação do dano causado à vítima. A centralidade do ofendido

Nem todos os casos envolvendo acordos de não persecução penal têm como vítimas pessoas físicas ou morais determináveis. Não é incomum, por sinal, identificar a vítima como sendo “O Estado”.

Havendo vítima determinável, o seu interesse ressarcitório **deve** ser respeitado e garantido, ajustando-se a condição prevista no artigo 28-A, I, do CPP. Inclusive, para fins de controle do interesse reparatório acima, homologado o acordo de não persecução, será a vítima **intimada** (artigo 28-A, § 9º, do CPP).

Considerando que a **vítima** não integra a conhecida relação processual triangular firmada entre a acusação, a defesa e o juiz (*actum trium personarum*), o seu papel e importância, não raro, são **esquecidos** ou, pior, **verdadeiramente excluídos**, dada a tradicional função da pena criminal de *confiscación del delito e exclusión de la víctima del modelo punitivo*, como pontuam Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 56).

Muito em razão disso, o ato normativo que regulamenta o procedimento investigatório criminal (Resolução n.º 181/2017 do CNMP) dedicou o seu capítulo VI integralmente aos **direitos das vítimas**. Segundo o seu artigo 17: O membro do Ministério Público que preside o procedimento investigatório criminal **esclarecerá a vítima sobre seus direitos materiais e processuais**, devendo tomar todas as medidas necessárias para a preservação dos seus direitos, a reparação dos eventuais danos por ela sofridos e a preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem. (negrito) Feita essa introdução, questiona-se: como determinar ou quantificar o interesse patrimonial da vítima em acordos de não persecução penal, se, conforme o artigo 28-A, § 9º, do CPP, ela **apenas** recebe uma intimação acerca da **homologação judicial** da avença, para o seu controle *a posteriori*?

Parece **fortemente** recomendável ouvir a vítima **previamente** às tratativas. Afinal, como será visto no próximo capítulo, o acordo de não persecução penal possui **objetividade negocial híbrida** ou **mista** (protege tanto a vítima quanto a sociedade, por mesclar características da composição civil dos danos e da transação penal), o que confere grande **legitimidade** ao instrumento

consensual. Portanto, para não faltar à sistemática do acordo a sua **objetividade negocial híbrida** e a **legitimidade** desejadas, é preciso conferir **especial atenção** aos interesses da vítima, ouvindo-a **previamente** à audiência extrajudicial de acordo.

Frise-se que a oitiva acima **não** tem por finalidade colher a **aquiescência** da vítima sobre a adoção, ou não, de mecanismos consensuais. Em outras palavras, a vítima não possui a prerrogativa de **vetar** o acordo de não persecução penal. O objetivo é apenas garantir a **integral reparação** do dano sofrido (inclusive mediante atualização monetária). A propósito, nada impede que a vítima participe da audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal, juntamente com o *Parquet*, a defesa técnica e o investigado/acordante.

Na sistemática do acordo de não persecução penal, o legislador **não restringiu ao mínimo** o montante da reparação à vítima, logo, deve o ressarcimento ser **integral**. Não confundir, portanto, com a **reparação mínima dos danos causados pela infração**, prevista no artigo 387 do CPP⁷⁸. É importante lembrar também que a celebração de acordo não justifica o ajuizamento, pela vítima, de **ação penal privada subsidiária da pública**, pois, segundo o STF, “o pressuposto dessa ação penal é a inércia do MP” (RE n.º 274.115 AgR), e, longe de ser uma omissão, o acordo constitui um claro impulso e atuação resolutiva do Ministério Público, fundado no artigo 28-A do CPP.

Por fim, vale ressaltar que o artigo 28-A, I, do CPP não exclui a possibilidade de o acordo de não persecução contemplar o ressarcimento por **dano moral**, inclusive o de ordem **coletiva** (que já conta com jurisprudência favorável ao seu reconhecimento em ações penais públicas, a exemplo da Apelação Criminal n.º 0005123-26.2009.4.03.6181/SP, julgada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, conhecida como caso “Sadia-Perdigão”).

Enquanto o **dano moral individual** configura lesão injusta e significativa a direitos da personalidade de determinado indivíduo, o **dano moral coletivo**, por sua vez, atinge relevantes bens e valores imateriais da comunidade, causando-lhe **intranquilidade** quanto à expectativa de proteção de direitos fundamentais e absoluta **descrença** no Poder Público. Nas palavras de Ramos (1998, p. 80): [...] é preciso sempre enfatizar o imenso dano moral coletivo causado pelas agressões aos interesses transindividuais. Afeta-se a boa-imagem da proteção legal a estes direitos e afeta-se a tranquilidade do cidadão, que se vê em verdadeira selva, onde a lei do mais forte impera. [...]

Tal intranquilidade e sentimento de despreço gerado pelos danos coletivos, justamente por serem indivisíveis, acarreta lesão moral que também deve ser reparada coletivamente. Ou será que alguém duvida que o cidadão brasileiro, a cada notícia de lesão a seus direitos, não se vê desprestigiado e ofendido no seu sentimento de pertencer a uma comunidade séria, onde as leis são cumpridas? A expressão popular “o Brasil é assim mesmo” deveria sensibilizar todos os operadores do Direito sobre a urgência na reparação do dano moral coletivo.

A quantificação do **dano moral coletivo** ainda gera muitas dúvidas. Apesar do **subjetivismo** que envolve o cálculo indenizatório – o que é algo ruim –, o STJ tem afirmado reiteradamente que “a reparação do dano deve ser fixada em montante que desestimule o ofensor a repetir a falta, sem constituir, de outro lado, enriquecimento indevido” (AgRg no AREsp n.º 38057/SC), a lembrar, pois, a teoria norte-americana do *punitive damages*, que, em apertada síntese, consiste na **indenização exemplar** ou **pedagógica**, ou seja, aquela capaz de, ao mesmo tempo, (1) **ressarcir** os prejuízos causados à vítima e (2) **intimidar** o ofensor a não praticar novamente o ato lesivo.

Dessa forma, cremos que a possibilidade de ressarcimento à título de dano moral coletivo, em sede de ação penal pública, como no citado caso “Sadia-Perdigão”, abre caminho para a mesma possibilidade em **acordos de não persecução penal**.

Atenção:

Não confundir com a discussão acerca da **tutela penal dos bens jurídicos coletivos**. Para os defensores dessa possibilidade, as **clássicas** tutelas penais e processuais penais não constituem mecanismos adequados para o combate à criminalidade **atual**, própria de uma sociedade **difusa** com grande desenvolvimento informático, genético e biotecnológico (ASSAGRA DE ALMEIDA; COSTA, p. 112). Não estamos a falar em **ação penal coletiva** ou **acordo de não persecução penal coletivo** – tema que pode ser conferido em recente obra de Gregório Assagra de Almeida e Rafael de Oliveira Costa (2019, p. 111 e ss.) –, mas apenas em reparação do dano moral coletivo por meio da ação penal pública e, igualmente, via acordo de não persecução penal.

1.9 Convite/notificação e audiência extrajudicial

Havendo **justa causa** para a ação penal, isto é, formada a *opinio delicti* positiva, o apoio administrativo da unidade ministerial deverá providenciar (1) a **consulta prévia** à vítima acerca do valor e da possibilidade de reparação do dano (nos casos de vítima determinada) e, em seguida, (2) contatar o investigado, **convidando-o/notificando-o** a comparecer ao Ministério Público, em dia e hora previamente agendados, para a realização de audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal.

O investigado deve buscar o patrocínio de advogado ou a assistência de defensor público. Nada impede que o Ministério Público solicite assistência jurídica em favor do investigado. As consultas e contatos devem ser efetivados por qualquer meio idôneo (ligação, e-mail, mensagem telefônica via SMS ou por aplicativo, convite/notificação, etc.). O modelo de convite/notificação pode ser conferido no terceiro capítulo desta obra.

Fundamental marcar as audiências de acordo com antecedência **razoável**, em atenção ao **princípio da liberdade de escolha do defensor**, pois o investigado/acordante tem direito não apenas que lhe seja formalmente assegurada a defesa técnica, mas, sobretudo, que ele a confie a um profissional de sua livre escolha, caso possa. Nesse sentido, *vide* o artigo 8 (Garantias judiciais), item 2, *d*, da Convenção Americana de Direitos Humanos: Artigo 8. (Garantias judiciais) [...]

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; Outrossim, considerando que muitas Defensorias Públicas do país ainda não alcançaram o “nível de organização do respectivo Ministério Público”, segundo salientado pelo STF no HC n.º 70.514/SP, mostra-se prudente a **concentração**, em dias específicos, de audiências extrajudiciais que contem com investigados sob a assistência jurídica da Defensoria Pública.

Vale destacar que, como já analisado neste capítulo, o acesso aos autos investigativos pelos membros da OAB e da Defensoria Pública permite

analisar se o membro do Ministério Público, ao propor um acordo, possui a seu dispor material investigativo dotado, em tese, de **justa causa** para a ação penal pública, a evidenciar que a tratativa é fundada. Ao analisar o procedimento investigativo em questão, a defesa técnica terá condições de orientar plenamente o investigado e realizar a melhor opção defensiva para ele, seja a consensual, seja a processual. Indispensável orientar o investigado/acordante não apenas sobre as **vantagens** do cumprimento da avença, mas, igualmente, acerca das consequências de seu descumprimento **injustificado**.

Na hipótese de o defensor público recusar o atendimento, sob a alegação de inexistência de atuação institucional, o artigo 4º, § 8º, da Lei Orgânica da Defensoria Pública, **determina** que o **membro recusante** comunique a sua decisão ao Defensor Público-Geral, que decidirá a controvérsia, indicando, se for o caso, outro defensor público para atuar. Igualmente, o artigo 4º-A, III, da referida lei, **garante** ao assistido da Defensoria Pública o direito de ter sua pretensão revista, no caso de recusa de atuação pelo defensor público. Tomando como exemplo a Defensoria Pública da União, o assistido **deverá** ser cientificado da recusa, sendo informado que disporá do prazo de dez dias para manifestar sua discordância (artigo 7º, § 2º, da Resolução nº 58/2012, do Conselho Superior da Defensoria Pública da União).

Caso não seja possível contatar o investigado (e. g. se ele estiver em local incerto e desconhecido), deve o apoio administrativo certificar tal fato, **expondo circunstanciadamente** as tentativas frustradas. Não há “convite por edital”. Essa certidão circunstanciada deve acompanhar a cota ministerial do membro do *Parquet*, por ocasião do oferecimento da denúncia, de modo a **justificar** a impossibilidade de celebração do avença.

Solução semelhante deve ser adotada na hipótese em que o investigado for efetivamente contatado, mas não possuir condições de constituir advogado e inexistir serviço advocatício *pro bono* (e. g. núcleo de prática jurídica de universidade) ou atendimento local ou regional da Defensoria Pública. Aqui, deve o apoio administrativo **certificar detalhadamente** as três circunstâncias acima (contato efetivo, impossibilidade de constituição de advogado e inexistência de atendimento local ou regional da Defensoria Pública). Essa certidão circunstanciada deve acompanhar a cota ministerial do membro do *Parquet*, por ocasião do oferecimento da denúncia, de modo a justificar a impossibilidade de celebração do acordo.

Participam da audiência extrajudicial o membro do Ministério Público, o investigado, o seu advogado ou defensor público e um servidor ministerial responsável pela redação do acordo em **termo próprio** (artigo 28-A, § 3º, do CPP⁷⁹).

Como mencionado anteriormente, nada impede que a vítima participe da audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal. De todo modo, a vítima deve, **necessariamente**, ser contemplada pelo acordo de não persecução. Afinal, a primeira condição possível de ser pactuada é a reparação dos danos sofridos pelo ofendido, nos termos do artigo 28-A, I, do CPP. Para se **quantificar** adequadamente o interesse patrimonial da vítima em acordos de não persecução penal, deve ela ser ouvida **antes** da audiência extrajudicial de acordo – muito embora, pela literalidade do artigo 28-A, § 9º, do CPP, seja obrigatória **apenas** a sua intimação acerca da **homologação** da avença, para o seu controle *a posteriori*, o que enxergamos como uma atecnia legislativa.

Na remota hipótese de a vítima **não ser contemplada** adequadamente pelo acordo, faculta-se a ela atravessar petição simples à autoridade judicial, requerendo a **não homologação** da tratativa. Afinal, nos termos do artigo 17, *caput*, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, o membro do Ministério Público **deve** tomar todas as medidas necessárias para a reparação dos eventuais danos sofridos pela vítima.

Sugere-se a realização de audiência em **ambiente informal**, com linguagem de **fácil compreensão**, a fim de transmitir ao investigado/acordante a **confiabilidade** e a **transparência** necessárias para o sucesso do mecanismo consensual. Não se olvide que, para facilitar a celebração de um acordo, há de se gerar o rapport, isto é, um bom entendimento entre os acordantes e alguma habilidade de comunicação.

O artigo 28-A do CPP não reproduziu o teor do artigo 18, § 2º, da Resolução nº 181/2017 do CNMP⁸⁰, o qual exigia o registro, via recursos de **gravação audiovisual**, da confissão detalhada dos fatos e das tratativas do acordo. Nada obstante, permanece **fortemente recomendável** a gravação audiovisual a audiência extrajudicial de acordo, sobretudo para demonstrar ao juízo a **voluntariedade** do investigado/acordante. Caso a unidade ministerial não disponha de tal aparato tecnológico, deve o apoio administrativo certificar detalhadamente tal circunstância, a fim de justificar a realização do acordo sem registro audiovisual.

Iniciada a audiência extrajudicial, o membro do Ministério Público deve

informar ao investigado (1) o seu direito à não autoincriminação forçada, (2) o registro audiovisual em curso (se existente) e (3) a finalidade puramente consensual do ato. Somente após a **aquiescência** do investigado e da sua defesa em participar da audiência extrajudicial, a tratativa propriamente dita deve ter **início**, com a proposta ministerial de condições a serem cumpridas pelo investigado. Naturalmente, é cabível o oferecimento pela defesa técnica de **contraproposta**. Apenas quando encerrada a pactuação das condições, deve o membro do Ministério Público perguntar ao investigado sobre a sua vontade de **confessar circunstanciadamente** os fatos ocorridos.

Tal sequência de atos se justifica pelo seguinte motivo: o investigado não confessará sem antes **negociar** o que fazer em troca da não denúncia. Se ele confessar por primeiro, sem conhecer as “cartas” postas sobre a mesa, o membro do Ministério Público poderá negociar com **excessiva vantagem** as condições que desejar, pois a confissão já estará gravada e o investigado sentirá justificado receio de vê-la utilizada contra si. Em conclusão, ter-se-á um acordo ruim – quiçá, abusivo – e o seu provável descumprimento.

Confessados os fatos, passa-se à lavratura, correção e assinatura do termo de acordo de não persecução penal e ao armazenamento da mídia.

Devem ser remetidos ao Poder Judiciário, mediante **petição de juntada**, (1) o termo de acordo de não persecução penal, (2) a mídia da audiência extrajudicial e (3) a consulta formulada à vítima acerca da possibilidade de reparação do dano (nos casos de vítima determinada). Trata-se de peça relevante para tornar **evidente** a pactuação havida e **instar** o Poder Judiciário a homologar ou não a avença.

A petição de juntada requererá a formação de **autos apensos** e a designação de **audiência judicial homologatória** do acordo de não persecução penal. Como dito alhures, os **autos apensos** buscam concentrar apenas os atos consensuais, diversamente dos autos principais (p. ex.: IPL e PIC), que abarcam os atos inquisitoriais.

O modelo de termo de acordo de não persecução penal e o de petição de juntada pode ser conferido no terceiro capítulo.

1.10 Homologação do acordo e fiscalização das condições

Em audiência judicial homologatória, deve o juiz verificar a **voluntariedade** e **legalidade** da avença. Participam do ato o investigado, o seu defensor e o membro do *Parquet*, embora, quanto a este, a Lei Anticrime não tenha sido expressa acerca de sua participação. Por óbvio, na condição de (1) **interessado** no acordo, (2) **titular** de eventual ação penal pública a ser ajuizada em caso de não homologação da avença e (3) custos juris, o Ministério Público **deve** participar da audiência judicial homologatória.

1.10.1 Natureza jurídica da homologação

A homologação do acordo de não persecução penal possui **natureza jurídica de decisão interlocutória**, pois (1) tomada por juiz competente, em respeito ao princípio do juiz natural, (2) mediante atividade de delibação ou análise perfunctória, (3) apreciadora da validade da avença firmada entre os acordantes, sem analisar a culpa penal, e (4) prescindível de processo judicial. Por óbvio, não se trata de **sentença**, a qual, segundo o artigo 203, § 1º, do CPC⁸¹, consiste em pronunciamento por meio do qual o juiz põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução. Igualmente, a homologação judicial não configura **despacho**, que consiste em mera ordem para movimentação administrativa de um feito (*e. g.* ordem de citação do acusado).

Tamanha a importância da decisão de homologação do juízo, note-se que, a partir de tal provimento jurisdicional, o Ministério Público **não poderá** promover a ação penal pública (*pactum de non petendo*) durante o correto cumprimento das condições avençadas, e desde que elas sejam integralmente adimplidas. Disso decorre que o acordo de não persecução penal homologado judicialmente pode ser visto como um **acordo de imunidade condicional** em favor do investigado/acordante.

Observe-se que a Lei n.º 9.099/1995 classifica como **sentença** o ato do juiz que homologa a transação penal, **taxonomia** com a qual não se pode concordar, pelos motivos expostos acima. No capítulo 1, falou-se sobre o quão **vacilante** a legislação criminal pode ser ao versar sobre uma taxonomia

da justiça consensual na área penal, que ainda é principiante.

1.10.2 Papel do juiz na homologação

Embora a negociação se dê entre os acordantes, cabendo **apenas a eles** o mérito das condições pactuadas, o magistrado não deve, por óbvio, exercer uma função meramente **notarial**. Em outras palavras, ao juiz não é dada a possibilidade de modificar os termos do acordo, haja vista a sua **imparcialidade**⁸², mas, segundo pontuado pelo STF na Questão de Ordem na Petição n.º 7.074/DF – que apreciou decisão homologatória de **acordo de delação premiada** – cumpre ao magistrado o controle da **regularidade, legalidade e voluntariedade** da avença.

A Lei Anticrime adotou fórmula muito semelhante, ao atribuir ao juiz, em acordos de não persecução penal, a função de análise da **legalidade** e da **voluntariedade** da avença, sem qualquer referência, contudo, ao requisito da **regularidade**. Com a devida vênia, entendemos que essa ausência não faz falta alguma, pois a **regularidade** – um nítido **conceito jurídico indeterminado** – é de uma **vagueza** que já não contribui em nada para a homologação de acordos de delação premiada.

A verificação da **legalidade** consiste no estudo atento, pelo magistrado, (1) dos requisitos negativos previstos no artigo 28-A do CPP, (2) da consulta formulada à vítima acerca de seu interesse reparatório e (3) da cientificação, pelo Ministério Público, dos direitos constitucionais do investigado, mormente à não autoincriminação forçada, ao acompanhamento e orientação por advogado ou defensor público e ao prévio exame dos autos investigativos. Cumpre ao magistrado estudar se o acordo não incorre em nenhuma vedação legal, foi precedido por consulta à vítima e se o investigado foi devidamente advertido de seus direitos e garantias constitucionais.

Por sua vez, a análise da **voluntariedade** do acordante significa (1) a sua **entrevista pessoal** em audiência judicial; (2) o exame da **ausência de constrangimento, ameaça ou violência** por parte do membro do Ministério Público durante a negociação; e (3) a verificação da **inteligibilidade** do teor da acusação narrada, das condições acordadas e das consequências do cumprimento e descumprimento do acordo.

Deve o juiz entrevistar pessoalmente o acordante e analisar, mediante perguntas dirigidas a ele – e, quiçá, reprodução da mídia da audiência

extrajudicial de acordo –, se as tratativas transcorreram **sem animosidades**, havendo um bom entendimento entre os acordantes, bem como se o investigado manifestou **expressamente** integral conhecimento dos fatos imputados a si, das condições pactuadas e das consequências do adimplemento ou inadimplemento da avença. Com o objetivo de **melhor analisar** a voluntariedade do acordo, pode o juiz, durante a audiência **judicial** homologatória, **reproduzir** o registro audiovisual da audiência **extrajudicial** de acordo de não persecução penal.

O estudo do requisito da **voluntariedade** demonstra o quão importante é o registro audiovisual das tratativas, sobretudo por ser capaz de tornar mais **fidedignas** as declarações exaradas – elemento que não escapou à atenção do artigo 405, § 1º, do CPP⁸³. O registro audiovisual também serve para melhor demonstrar a ausência de ameaça ou constrangimento por ocasião do acordo, evitando-se alegações de nulidade ou abuso de autoridade. Nesse ponto, é fulcral diferenciar, em um processo de negociação, a **ameaça** e a **advertência**.

Tome-se o exemplo das orientações, destaques ou ressalvas comumente feitas pelo membro do Ministério Público durante o processo de negociação. A atitude do membro do *Parquet* consistente em orientar o investigado acerca das consequências da não pactuação do acordo de não persecução penal, informando-o que será denunciado e, quiçá, processado e condenado criminalmente, representa, a um só tempo, (1) uma obrigação legal do presentante do Ministério Público em garantir a **inteligibilidade** da avença pelo investigado e (2) uma tentativa de convencê-lo a optar pelo método consensual de solução de conflitos, e não o tradicional. Aqui, não há que se falar em **ameaça** pelo Ministério Público, mas, em simples **advertência**. Tal **distinção**, entretanto, poderá ser de difícil demonstração – logo, **manipulável** – na hipótese de **ausência de gravação** da audiência extrajudicial de acordo.

Por fim, embora corrente na sistemática norte-americana do *plea bargaining*, uma simples troca de **cartas-proposta** pode se revelar algo problemático para fins de posterior análise da **voluntariedade**. Note-se que a negociação via **cartas-proposta** não é vedada pela Lei Anticrime, contudo, a ausência de contato presencial ou virtual (1) **não** gerará o rapport – logo, as chances de sucesso da avença serão menores – e (2) tornará **menos robusta** a análise do requisito da voluntariedade.

O modelo de homologação do termo de acordo de não persecução penal pode ser visualizado no último capítulo.

1.10.3 Aglutinação de audiências

Tem-se discutido a possibilidade de **aglutinação** entre (1) a audiência extrajudicial de negociação e (2) a audiência judicial de homologação, isto é, a realização de uma **única audiência judicial** para negociação do acordo e sua posterior homologação, de modo que, inicialmente, durante as tratativas, apenas o Ministério Público e o investigado estariam presentes, participando o juiz posteriormente, na etapa homologatória. Com a devida vênia, **não** entendemos tecnicamente adequada essa prática, por dois principais motivos.

Primeiramente, como salientado alhures, é preciso concretizar a evolução da **hiperjudicialização** para a **hiperjusticialização**. Recorrer sempre e sempre ao Judiciário não parece materializar a **atitude evolutiva** acima, que dá primazia à **autonomia da vontade** dos interessados (STF, Inq. n.º 3.715/DF).

Em segundo lugar, um dos principais objetivos do acordo de não persecução penal é resolver **extrajudicialmente** casos penais de média gravidade, evitando o excessivo acúmulo de serviço das varas criminais. Assim, por que negociar no interior do expediente forense? Essa prática (1) demandará a **estrutura material** do Judiciário e (2) tornará mais longas as audiências judiciais de acordo de não persecução penal, que deveriam ser apenas homologatórias, tomando-se o tempo dos serventuários e, certamente, do magistrado, o qual, embora não venha a participar das negociações, sofrerá com a **diminuição** dos intervalos de tempo para preencher a sua pauta de audiências que demandem a presença do membro Ministério Público (que, por sua vez, já estará ocupado com as negociações agendadas). O objetivo do acordo **não é atrasar** a realização de audiências de instrução e julgamento e audiências de custódia, muito pelo contrário.

1.10.4 Acordo homologado ou recusado

Caso o magistrado homologue a avença, por enxergar a **conformidade** do acordo com as exigências de **legalidade** e **voluntariedade**, a unidade judiciária deverá providenciar a devolução dos autos ao *Parquet*, para que promova, perante o **juízo das medidas alternativas** (“execução penal”), a **fiscalização** (“execução”) das condições livremente assumidas pelo

investigado/acordante, nos termos do artigo 28-A, § 6º, do CPP. Nada impede que, no pedido de homologação, o Ministério Público requeira **de antemão** a remessa dos autos ao juízo das medidas alternativas, como medida de agilidade. O modelo de petição para cumprimento das condições do acordo pode ser visualizado no último capítulo.

Contudo, se o juiz enxergar a **desconformidade** do acordo com os requisitos de **legalidade** e **voluntariedade**, isto é, considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo, devolverá os autos ao Ministério Público, para que seja **reformulada** a tratativa, com a concordância do investigado e de seu defensor (artigo 28-A, § 7º, do CPP).

Feita a nova proposta, o juízo poderá **recusá-la** novamente, hipótese em que os autos serão devolvidos ao Ministério Público, para oferecimento da denúncia (artigo 28-A, § 8º, do CPP). Embora o dispositivo em análise também faculte ao *Parquet* a **complementação das investigações**, é sabido que o acordo de não persecução penal apenas tem cabimento nas hipóteses de **justa causa** para a ação penal, ou seja, **finda a fase investigativa**.

Vê-se com preocupação as formas de **recusa judicial** acima, inspiradas no Projeto Anticrime (artigo 28-A, §§ 5º e 8º) e no Projeto de Segurança Pública (artigo 28-A, §§ 7º e 10), pois, havendo **discordância** da autoridade judicial acerca da não denúncia, caberia ao órgão ministerial revisor confirmar ou não a tratativa, em homenagem à **independência funcional** do Ministério Público (artigo 127, § 1º, da CRFB⁸⁴), como reproduzido desde o **octogenário** artigo 28 do CPP. As citadas formas de **recusa judicial** foram objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI n.º 6.305/DF) ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP.

De todo modo, saliente-se que, nas duas formas de **recusa judicial**, o membro do Ministério Público e/ou o acordante, poderão interpor **recurso em sentido estrito** (artigo 581, XXV, do CPP), especialmente se o juízo extrapolar a análise formal da avença e adentrar o seu mérito.

1.10.5 Fiscalização

Para dar início à **fiscalização** (“execução”) do acordo, o membro do Ministério Público deve requerer ao **juízo das medidas alternativas** (“execução penal”) o cumprimento das condições acordadas, mediante simples petição no bojo dos **autos apensos**. Como os autos apensos englobam

apenas os atos consensuais (diversamente dos autos principais, que abarcam os atos inquisitoriais), a “execução” deverá ser processada no seu interior, sem necessidade de remessa dos procedimento investigativo ao “juízo da execução penal”. O cumprimento pelo acordante das condições livremente assumidas deverá ter início após a sua intimação pelo juízo das medidas alternativas.

Estranhamos a postura da Lei Anticrime ao determinar a **fiscalização** das condições no interior do **juízo da execução penal**, reproduzindo o teor do Projeto Anticrime (artigo 28-A, § 6º) e do Projeto de Segurança Pública (artigo 28-A, § 8º). A uma, é incorreto falar em **juízo da execução penal**, pois o acordo de não persecução **não negocia penas**, e sim, a não denúncia. A duas, o acordo **não possui força executiva**, tal como a sistemática tradicional do *plea bargaining* norte-americano, isto é, se o investigado/acordante desejar descumprir a avença, a única consequência será a sua denúncia, sem possibilidade de **execução** das condições pactuadas. A três, levar o feito ao juízo da “execução penal” trará **delonga** e **carga de trabalho** desnecessários ao Poder Judiciário, exatamente o que se pretende evitar por meio do acordo de não persecução penal.

Nada obstante, a fórmula legal adotada foi exatamente essa, cabendo à doutrina **denunciar** a falha legislativa e promover as devidas **correções técnicas**. Assim, não há falar em “execução” do acordo, mas em seu “cumprimento” ou “fiscalização”. A expressão juízo da “execução penal” pode ser substituída por juízo das “medidas alternativas”.

Aportando os **autos apensos** no juízo das medidas alternativas, a fiscalização das condições acordadas será feita pelo órgão do Ministério Público com atribuição naquela vara ou unidade judiciária. A fiscalização (“execução”) terá fim **ou** com o cumprimento integral do acordo **ou** com o descumprimento injustificado da tratativa.

Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, a secretaria do juízo das medidas alternativas atestará o seu **adimplemento integral** e o membro do Ministério Público com atribuição naquela unidade judiciária requererá o **retorno** dos autos ao juiz das garantias, para que este decrete a **extinção da punibilidade** do investigado/acordante. O modelo de petição de remessa em caso de cumprimento das condições avençadas pode ser visualizado no último capítulo.

A nosso ver, a **competência** para a decretação da extinção da punibilidade é do **juiz das garantias**, e não do juiz da vara de medidas alternativas (“execução penal”), motivo pelo qual pedimos vênia para discordar da opinião de Rogério Sanches Cunha (2020, p. 138). É que, embora o juiz da execução penal possua competência para “declarar extinta a punibilidade” (artigo 66, II, da Lei de Execução Penal), tal ocorre no bojo de **guias de execução**, ou seja, em autos destinados a **executar penas**, o que vai de encontro à novel sistemática do acordo de não persecução penal, que cuida somente de **condições livremente assumidas**. A Lei de Execução Penal, que data de 1984, **não dialoga** com o novo artigo 28-A do CPP, que iniciou a sua vigência mais de vinte e cinco anos depois. Por isso, ao tratar do acordo, especificamente da recusa judicial à homologação, a Lei Anticrime inseriu hipótese de **recurso em sentido estrito**, nada dispondo acerca do **agravo em execução**. Pensamos que o objetivo da Lei Anticrime foi **apenas** emprestar à fiscalização das **condições livremente assumidas** a estrutura cartorária das varas de medidas alternativas (“execução penal”).

Lado outro, descumpridas injustificadamente quaisquer das condições estipuladas no acordo, o juízo das medidas alternativas **certificará** o seu descumprimento. Em poder de tal certificação, o membro do Ministério Público deverá requerer o **retorno** dos autos ao juiz das garantias, para que este, nos termos do artigo 28-A, §§ 9º e 10, do CPP, determine (1) a **rescisão** do acordo que outrora **homologou**, (2) a intimação à vítima acerca do descumprimento da avença e (3) a remessa dos autos ao *Parquet*, para promoção da ação penal pública. O modelo de petição de remessa em caso de descumprimento injustificado das condições pactuadas pode ser visualizado no último capítulo.

Entendemos que a **competência** para a **rescisão** do acordo é do **juiz das garantias**, e não do juiz da vara de medidas alternativas (“execução penal”), pois este magistrado não possui competência para **desfazer** o acordo que aquele juiz validamente homologou. Como dito alhures, pensamos que o objetivo da Lei Anticrime foi **apenas** emprestar à fiscalização das **condições livremente assumidas** a estrutura cartorária das varas de medidas alternativas (“execução penal”).

¹ O artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP pode ser consultado nos anexos desta obra.

- 2 O Projeto de Lei n.º 10.372/2018, no tocante ao acordo de não persecução penal, pode ser consultado nos anexos desta obra.
- 3 O Projeto Anticrime, quanto ao acordo de não persecução penal (item XII), pode ser consultado nos anexos desta obra.
- 4 Ressalvados os casos submetidos ao Tribunal do Júri e de violência doméstica contra a mulher, até o início da audiência de instrução, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer o julgamento antecipado de mérito e a aplicação imediata de pena nos crimes que não estejam submetidos ao procedimento sumaríssimo e cuja sanção máxima cominada não ultrapasse oito anos.
- 5 Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.
- 6 O artigo 28-A, *caput*, do Projeto Anticrime reduzia sobremaneira o universo de infrações penais passíveis de celebração de acordo de não persecução penal, o que era visto com preocupação, pois caminhava na contramão da ampliação dos espaços de consenso na Justiça criminal. O projeto permitia o acordo somente para infrações com pena máxima inferior a quatro anos.
- 7 Embora se trate de posição doutrinária isolada, há quem critique a Lei Anticrime por não ter contemplado a legitimidade do delegado de polícia para a celebração de acordo de não persecução penal (HOFFMANN; HABIB; COSTA, 2019, p. 2).
- 8 Tal como ocorre na transação penal (STJ, RHC n.º 102.381/BA), defendemos a possibilidade de o querelante oferecer acordo de não persecução penal. Tome-se o exemplo do crime de calúnia mediante paga (artigos 138 e 141, § 1º, do Código Penal), que se procede mediante queixa (artigo 145 do Código Penal). Todavia, como tais hipóteses são bastante incomuns, esta obra dará preferência à legitimidade ativa do Ministério Público, que alcança a esmagadora maioria dos casos passíveis de acordo de não persecução penal. Assim, as expressões “denúncia”, “ação penal pública” ou “Ministério Público”, majoritariamente utilizadas nesta obra, podem ser substituídas, respectivamente, por “queixa”, ação penal privada” ou “querelante”, sempre que o caso admitir proposta de acordo de não persecução penal pelo ofendido.
- 9 Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...] XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação.
- 10 Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.
- 11 Em que pese o teor do artigo 18, § 11, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, no sentido de que a evitação da denúncia ocorreria por ausência de interesse de agir do *Parquet*, a nova lei determinou que o cumprimento integral do acordo ensejasse a extinção da punibilidade do agente, à semelhança do que ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo. A verdade é que a Resolução n.º 181/2017 do CNMP não poderia ter disposto sobre causa extintiva da punibilidade, que é matéria penal, em razão da competência privativa da União para legislar sobre esse tema (artigo 22, I, da CRFB).
- 12 Em consideração à remota hipótese de acordo de não persecução penal para evitar a propositura de queixa, abandonamos a expressão “acordo de não denúncia”, utilizada na 1ª edição desta obra.

- 13 A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.
- 14 Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.
- 15 Na esfera federal, a Orientação Conjunta n.º 3/2018, expedida pelas 2ª, 4ª e 5ª CCRs, em seu item 2, *d*, havia aumentado o teto previsto no artigo 18, § 1º, II, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, para sessenta salários mínimos, ao adotar como critério analógico o limite previsto no artigo 3º da Lei dos Juizados Especiais Federais. Hoje, a disposição acima perde a sua utilidade.
- 16 Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime.
- 17 Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.
- 18 O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.
- 19 Enunciado n.º 29 do CNPG: Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.
- 20 É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.
- 21 Art. 18 - Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.
- 22 Art. 18 - Diz-se o crime: II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia.
- 23 As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.
- 24 Aplicam-se subsidiariamente a esta Lei as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.
- 25 Poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.
- 26 Art. 14. A persecução patrimonial voltada à localização de qualquer benefício derivado ou obtido, direta ou indiretamente, da infração penal, ou de bens ou valores lícitos equivalentes, com vistas à propositura de medidas cautelares reais, confisco definitivo e identificação do beneficiário econômico final da conduta, será realizada em anexo autônomo do procedimento investigatório criminal.
- 27 Conferir o blog GAB (The Global Anticorruption Blog). Disponível em: <https://globalanticorruptionblog.com/author/mstephen404/page/51/>. Acesso em nov. 2019.
- 28 III - quando não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

- 29 III - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.
- 30 Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).
- 31 Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP.
- 32 O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.
- 33 No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.
- 34 Art. 62. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: [...] IV - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral.
- 35 Art. 171. Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: [...] V - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial, inquérito parlamentar ou peças de informação, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral.
- 36 Art. 5º Compete às Câmaras de Coordenação e Revisão: [...] IV - homologar a promoção de arquivamento de inquérito civil, procedimentos administrativos, preparatórios e de investigação criminal, ou designar outro órgão do Ministério Público para fazê-lo (art. 171, inc. IV, LC 75/93).
- 37 Compete à 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal manifestar-se nas hipóteses em que o Juiz Eleitoral considerar improcedentes as razões invocadas pelo Promotor Eleitoral ao requerer o arquivamento de inquérito policial ou de peças de informação, derogado o art. 357, § 1º do Código Eleitoral pelo art. 62, inc. IV da Lei Complementar nº 75/93.
- 38 Art. 136. Compete à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar: [...] IV - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial militar, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral.
- 39 Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, nº I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral. § 1º Se o procurador-geral entender que há elementos para a ação penal, designará outro procurador, a fim de promovê-la; em caso contrário, mandará arquivar o processo.
- 40 A Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, órgão de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional na Instituição – *ex vi* do art. 132 e 136, IV, da LC nº 75/93, por deliberação unânime de seus Membros, resolve assentar que, quando no exercício das atribuições de revisão do arquivamento de Inquérito Policial Militar, Procedimento de Investigação Criminal e outras peças de informação, manifesta-se de forma conclusiva e decisória.
- 41 Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.
- 42 Art. 12. O Colégio de Procuradores de Justiça é composto por todos os Procuradores de Justiça, competindo-lhe: [...] XI - rever, mediante requerimento de legítimo interessado, nos termos da Lei

Orgânica, decisão de arquivamento de inquérito policial ou peças de informações determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição originária.

- 43 Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.
- 44 LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.
- 45 Art. 5º A ementa será grafada por meio de caracteres que a realcem e explicitará, de modo conciso e sob a forma de título, o objeto da lei.
- 46 Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação [...].
- 47 A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.
- 48 O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.
- 49 O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais coautores ou partícipes do crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.
- 50 O Projeto de Lei n.º 10.372/2018, em seu artigo 28-A, V, pretendeu limitar a presente cláusula de abertura, de modo que o acordante poderia cumprir somente aquelas condições previstas nos artigos 318, 319 e 320 do CPP, desde que proporcionais e compatíveis com a infração penal imputada. Na 1ª edição desta obra, afirmamos não compreender essa limitação pretendida pelo projeto, que acabava por vedar outras condições que se mostrassem interessantes e adequadas ao caso concreto.
- 51 Art. 18. [...] III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público.
- 52 Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.
- 53 Conferir o blog Daily Blog – Harvard Program of Negotiation. Disponível em: <https://www.pon.harvard.edu/category/daily/win-win-daily/>. Acesso em fev. 2020.
- 54 Art. 25. As armas de fogo apreendidas, após a elaboração do laudo pericial e sua juntada aos autos, quando não mais interessarem à persecução penal serão encaminhadas pelo juiz competente ao Comando do Exército, no prazo máximo de 48 (quarenta e oito) horas, para destruição ou doação aos órgãos de segurança pública ou às Forças Armadas, na forma do regulamento desta Lei.
- 55 As armas de fogo encaminhadas ao Comando do Exército que receberem parecer favorável à doação, obedecidos o padrão e a dotação de cada Força Armada ou órgão de segurança pública, atendidos os critérios de prioridade estabelecidos pelo Ministério da Justiça e ouvido o Comando do Exército, serão arroladas em relatório reservado trimestral a ser encaminhado àquelas instituições, abrindo-se-lhes prazo para manifestação de interesse.
- 56 Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

- 57 Conferir o portal *Transparency International*. Disponível em: <https://www.transparency.org/cpi2019?/news/feature/cpi2019>. Acesso em mar. 2020.
- 58 Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: [...] § 3º O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.
- 59 Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.
- 60 Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. [...] § 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o *caput*.
- 61 Art. 11. [...] § 5º A Comissão de Valores Mobiliários, após análise de conveniência e oportunidade, com vistas a atender ao interesse público, poderá deixar de instaurar ou suspender, em qualquer fase que preceda a tomada da decisão de primeira instância, o procedimento administrativo destinado à apuração de infração prevista nas normas legais e regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar, se o investigado assinar termo de compromisso no qual se obrigue a: I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.
- 62 Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.
- 63 Art. 218 do CPC. Os atos processuais serão realizados nos prazos prescritos em lei. [...] § 3º Inexistindo preceito legal ou prazo determinado pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.
- 64 Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.
- 65 Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.
- 66 LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.
- 67 Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.
- 68 Há uma corrente de pensamento, contudo, que defende a força de norma constitucional aos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados no Brasil (MAZZUOLI, 2013, p. 1113), pois o artigo 5º § 2º, da CRFB teria desatado ou aberto o ordenamento constitucional para o influxo de direitos e garantias fundamentais previstos em tratados internacionais, de modo a contemplar tanto uma fonte interna dotada de força constitucional (CRFB) quanto uma fonte internacional (tratados internacionais sobre direitos humanos).
- 69 Art. 1º Constitui crime de tortura: I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental: a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa.

- 70 Os princípios gerais do direito são considerados fontes formais indiretas do ordenamento jurídico brasileiro.
- 71 Assim, pedimos a devida vênia para discordar do teor do enunciado n.º 27 do CNPG: “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)”.
- 72 *Golden handshake* (aperto de mão dourado), *golden parachute* (paraquedas dourado) e *golden umbrella* (guarda-chuva dourado) são expressões estrangeiras interdisciplinares que, por metáfora, exploram a ideia de minimização ou compensação de prejuízos a um dos acordantes para a hipótese de rescisão do negócio jurídico.
- 73 A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.
- 74 O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.
- 75 Tratando-se de prisão em flagrante delito, o acordo poderá ser proposto e submetido a homologação judicial na audiência de custódia.
- 76 Art. 7º São direitos do advogado: [...] XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.
- 77 Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: [...] XIV – acompanhar inquérito policial, inclusive com a comunicação imediata da prisão em flagrante pela autoridade policial, quando o preso não constituir advogado.
- 78 Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.
- 79 O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.
- 80 A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.
- 81 Art. 203. Os pronunciamentos do juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos. § 1º Ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução.
- 82 Enunciado n.º 24 do CNPG: A homologação do acordo de não persecução penal, a ser realizada pelo juiz competente, é ato judicial de natureza declaratória, cujo conteúdo analisará apenas a voluntariedade e a legalidade da medida, não cabendo ao magistrado proceder a um juízo quanto ao mérito/conteúdo do acordo, sob pena de afronta ao princípio da imparcialidade, atributo que lhe é indispensável no sistema acusatório.
- 83 Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.
- 84 Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. § 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

2 Princípio da oportunidade da ação penal pública: os acordos de não processar

A cultura jurídica do consenso na justiça criminal ainda é incipiente no Brasil, embora, já há algum tempo, existam modelos alternativos de solução de conflitos penais, consistentes na prática de **não processar**, a saber: 1) a **composição civil dos danos**, prevista no artigo 72 da Lei n.º 9.099/1995⁸⁵; 2) a **transação penal**, disposta no artigo 76, também da Lei n.º 9.099/1995⁸⁶; 3) a **delação ou colaboração premiada** prevista especificamente no artigo 4º, § 4º, da Lei n.º 12.850/2013⁸⁷; 4) o **acordo de leniência**, nos termos dos artigos 87 da Lei n.º 12.529/2011⁸⁸ e 16 da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013)⁸⁹, que tem sido firmado mediante a participação do Ministério Público, por ser o titular da ação penal pública; 5) o **parcelamento de débito tributário**, já que a sua formalização, antes do recebimento da denúncia, é causa de suspensão da pretensão punitiva, impedindo, pois, o oferecimento da peça acusatória pelo membro do Ministério Público, conforme o artigo 83, § 2º, da Lei n.º 9.430/1996⁹⁰; e 6) para Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 288–289), o **termo de ajustamento de conduta ambiental**, previsto no artigo 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/1985⁹¹.

Somados ao novel acordo de não persecução penal, os instrumentos jurídicos acima completam o rol de **sete** espécies de **acordos de não processar** até o momento existentes no país.

Observe-se que o acordo de não persecução penal reúne características de dois acordos acima: (1) dá especial atenção à vítima, devendo reparar os danos por ela sofridos, no que se assemelha ao propósito da **composição civil dos danos** (havendo até mesmo a possibilidade de emprego de práticas restaurativas); e (2) busca recompor o meio social mediante prestações interessantes à **coletividade**, um objetivo claro da **transação penal**. Em razão disso, afirma-se que o acordo de não persecução penal possui uma **objetividade negocial mista ou híbrida**, por beneficiar, ao um só tempo, a

vítima e a coletividade, o que lhe confere alto grau de **legitimidade**.

Atenção:

O benefício penal da suspensão condicional do processo, previsto no artigo 89 da Lei n.º 9.099/1995, **não** configura **acordo de não processar**. Lembre-se que a suspensão incide sobre um processo em curso (denúncia oferecida pelo *Parquet* e recebida pelo Judiciário).

Igualmente, o artigo 520 do CPP⁹² (segundo o qual, nos crimes contra a honra, antes de receber a ação penal, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem) **não** representa espécie de **acordo de não processar**, pois tal procedimento pressupõe o ajuizamento de denúncia, embora se trate, por certo, de um mecanismo consensual na área penal.

Não é novidade, portanto, falar no **princípio da oportunidade da ação penal pública**, incidente nos sete casos abordados acima, a mitigar a regra da obrigatoriedade. Para Jorge de Figueiredo Dias (1988, p. 25), a legalidade no direito penal não significa a exigência de que a cada crime cometido e esclarecido corresponda, **necessariamente**, um processo-crime. ⁱ⁹²

Até por razões ligadas a tempo, recursos humanos e dinheiro, exigir o *full trial* (julgamento dotado de instrução plena) para **todos** os casos penais é absolutamente **insustentável** para o sistema de justiça. Nessa linha, Antonio Suxberger (2019, p. 59–60) salienta que, na gestão da **escassez de recursos**, a imposição do ajuizamento de ações penais impede o reconhecimento de que o sistema de justiça deve atuar segundo uma **ordem de prioridade**.

A obrigatoriedade da ação penal pública não é absoluta e não pode ser vista como uma **imposição cega** de fazer a mesma coisa sempre e sempre, tornando o Ministério Público um acusador autômato. A obrigatoriedade deve, na verdade, ser enxergada como **dever de atuação**, objetividade e proscrição ao favoritismo e ao protecionismo. Assim, o **princípio da oportunidade da ação penal pública** não significa oportunidade **política**, no sentido depreciativo da palavra, mas oportunidade **regrada** (BINDER, 2017, p. 160).

2.1 Pactum de non petendo ou acordo de imunidade condicional

Durante o correto cumprimento das condições avençadas, e desde que elas sejam integralmente adimplidas, o Ministério Público **não** promoverá a ação penal pública. Tem-se um nítido *pactum de non petendo* ou acordo de imunidade condicional.

Pactum de non petendo significa **promessa de não processar** e, frise-se, não representa uma novidade no país. Veja-se a redação do artigo 26, 3, da Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional), incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n.º 5.015/ 2004: Cada Estado Parte poderá considerar a possibilidade, em conformidade com os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico interno, de **conceder imunidade** a uma pessoa que coopere de forma substancial na investigação ou no julgamento dos autores de uma infração prevista na presente Convenção. (negrito) O mesmo pode ser dito em relação ao artigo 37, 3, da Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), incorporada em *terrae brasilis* via Decreto n.º 5.687/2006, *in verbis*: Cada Estado parte considerará a possibilidade de prever, em conformidade com os princípios fundamentais de sua legislação interna, a **concessão de imunidade judicial** a toda pessoa que preste cooperação substancial na investigação ou no indiciamento dos delitos qualificados de acordo com a presente Convenção.

Não à toa, os dispositivos acima lembram o teor do artigo 4º, § 4º, da Lei n.º 12.850/2013, segundo o qual o Ministério Público poderá **deixar de oferecer denúncia** se a proposta de acordo de colaboração ou delação premiada envolver (1) infração de cuja existência o *Parquet* não tenha prévio conhecimento e (2) colaborador que não seja o líder da organização criminosa e seja o primeiro a prestar efetiva colaboração. Atualmente, até a **imunidade** à propositura de **medidas cautelares e assecuratórias** pode ser negociada em acordos de colaboração premiada (artigo 3º-B, § 3º, da Lei n.º 12.850/2013, com a redação dada pela Lei Anticrime).

Embora as hipóteses mencionadas acima digam respeito à sistemática da colaboração premiada, bastante diferente do acordo de não persecução penal,

sobretudo por ser um **meio de obtenção de prova**, é verdadeiro dizer que ambos os institutos podem funcionar como **promessas de não processar** ou **acordos de imunidade condicional**, pois o investigado/acordante não poderá ser processado criminalmente pelo Ministério Público **durante e após** o cumprimento das condições entabuladas.

2.2 Direito comparado

Diversos atos normativos **internacionais** disciplinam a adoção de práticas consensuais na justiça criminal, valendo citar, de início, as Regras de Tóquio (Resolução n.º 45/110, de 14/12/1990, da Assembleia Geral das Nações Unidas), documento recebido no Brasil com envergadura de *soft law*: 2.5 Deve-se considerar o tratamento dos infratores na comunidade, **evitando-se o máximo possível recorrer aos procedimentos ou julgamentos formais em um tribunal**, de acordo com as garantias legais e as regras de direito. (negrito) 2.6 As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima.[...]

3.2 A escolha de medida não privativa de liberdade deve ser fundada em critérios estabelecidos que levem em consideração tanto a natureza e a gravidade da infração quanto a personalidade e os antecedentes do infrator, o objetivo da condenação e os direitos das vítimas.

Igualmente, outro documento internacional merece ser destacado aqui: as Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. Segundo o seu item 18: De acordo com lei nacional, **os promotores devem dar a devida consideração à desistência de processos, descontinuando procedimentos** condicional ou incondicionalmente, **ou desviando casos do sistema de justiça formal**, com total respeito pelos direitos do(s) suspeito(s) e da(s) vítima(s). Para esse fim, os Estados devem explorar totalmente a possibilidade de adotar planos alternativos, não apenas para aliviar o peso excessivo sobre os tribunais, mas também para evitar a estigmatização da detenção pré-julgamento, indiciamento e condenação, e também os possíveis efeitos adversos do encarceramento. (negrito) A resolução penal pactuada já ocorre na França e na Alemanha (CABRAL, 2017, p. 26–29), assim como nos Estados Unidos da América (SCHÜNNEMANN, 2004, p. 176), países que, sobretudo no fim do século XX, passaram a buscar **soluções diversionistas**, evitando o julgamento criminal padrão, considerado, por muitos, estigmatizante, ineficaz e lento.

Nesse passo, Antonio Suxberger (2017, p. 44) destaca que “a incorporação da oportunidade da ação penal já é uma realidade em diversos países europeu-continentais, muitos dos quais, vale dizer, de onde nós supostamente

afirmamos nossas matrizes histórico-normativas”. Segundo o autor: A incorporação da oportunidade no exercício da ação penal decorre justamente de uma medida de racionalização da persecução penal. Em setembro de 1987, o Comitê de Ministros do Conselho da Europa aprovou a Recomendação n. R (87) 18, que versa sobre a “simplificação da Justiça Criminal” (COUNCIL OF EUROPE, 1987). O Conselho da Europa, vale lembrar, é o organismo em cujo seio se encontra a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Após mencionar a pouca eficácia dos procedimentos penais em geral, o Conselho salientou a necessidade de estabelecer a definição de prioridades na gestão da política criminal. A principal aposta do Conselho da Europa para isso foi a adoção do princípio da oportunidade da ação penal. Os países integrantes do Conselho, nos anos que se seguiram e cada qual a sua maneira, adotaram a sugestão.

Acordos penais possibilitam uma resposta estatal muito mais **rápida** a crimes considerados de **média** gravidade, podendo ocorrer, inclusive, poucos dias após o crime, seguindo o exemplo de países como os Estados Unidos da América (com as devidas ressalvas), nos quais aproximadamente 90% dos casos penais são resolvidos por meio de acordo (SCHÜNEMANN, 2004, p. 176).

No Brasil, alguns juristas recusam o modelo de justiça consensual na área penal, por afirmarem que tal sistemática é oriunda de países integrantes da tradição de *common law*, da qual o ordenamento jurídico brasileiro não é herdeiro, rejeição com a qual **não podemos concordar**, por dois motivos.

Primeiramente, como adverte Ana Lara Camargo de Castro (2019, p. 147), o *plea bargaining* **não** deriva da tradição de *common law* norte-americana: De forma diversa ao que se costuma pensar, conforme se viu nesta obra, **o** *plea bargaining* **não é parte integrante da tradição de common law norte-americana** e, portanto, não constituía pilar do seu sistema de justiça, que é fundado no direito a julgamento pelo júri popular, assegurado na *Bill of Rights*. A resolução penal pactuada foi formalmente reconhecida apenas no início dos anos setenta, e consolidada como resultado da observação da realidade. A prática dessa espécie de composição entre as partes estava presente no cotidiano forense e precisava ser descortinada, sem cinismo ou hipocrisia, retirada da obscuridade e legalizada. (negrito) Em segundo lugar, pesquisa realizada por Marllon Sousa (2019, p. 96) evidenciou que

países de *civil law* apresentam **múltiplas referências** ao modelo norte-americano de *plea bargaining*. De fato, a resolução penal pactuada existe em ordenamentos de *civil law*, isto é, do sistema romano-germânico, a exemplo da Itália, da Espanha e de Portugal. A propósito, veja-se a lição de Aury Lopes Jr. (2019, p. 3): Na Itália, cujo modelo *civil law* é similar ao brasileiro e que sempre serviu de orientação doutrinária, jurisprudencial e legislativa, o *patteggiamento sulla pena* (artigo 444 e seguintes, CPP italiano) é uma negociação entre acusado e MP, que não permite negociação sobre a imputação (correlação) e que tem um limite demarcado: com a redução de 1/3, a pena não pode superar 5 anos. [...]

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* prevê o instituto da *conformidad* nos artigos 695 e seguintes e depois nos artigos 787 e 801, onde o acusado se conforma com a pena pedida pelo Ministério Público, abreviando assim o procedimento e aceitando a imputação, desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 6 anos.

No processo penal português, existe o arquivamento em caso de dispensa da pena (artigo 280 do CPP português) e o instituto da “suspensão provisória do processo” (artigo 281), similar à nossa suspensão condicional do processo, para crimes punidos com pena não superior a 5 anos. Nesse caso, o processo ficará suspenso por um período máximo de 2 anos ou de 5 anos (casos previstos no artigo 281. 6 e 7), e, uma vez cumpridas as condições, será arquivado (artigo 282).

Relevante citar a pesquisa feita por Antonio Suxberger (2017, p. 44–45), que traça um panorama dos acordos penais em vários locais do globo:

Na Alemanha, o Código de Processo Penal germânico (*Strafprozeßordnung* – StPO), em seu artigo 153, determina expressamente o princípio da oportunidade da ação penal, autorizando ao titular da ação dispensar a acusação, com a aprovação do tribunal competente, quando verificada a ausência de interesse público na instauração do processo.

[...] Também a França já positivou a oportunidade, nos arts. 40 e 40-1 do Código de Processo Penal francês, por meio do chamado *classement sans suite*, que é uma decisão proferida pelo procurador da república que não faz coisa julgada material, isto é, admite revisão enquanto punível o fato noticiado na investigação preliminar. O procurador preenche um formulário no qual indica as razões pelas quais entende que o caso deva ser arquivado, de modo a dispensar o processo. Portugal igualmente experimentou flexibilização da obrigatoriedade da ação penal pública,

por meio dos institutos do “arquivamento em caso de dispensa de pena” e da “suspensão provisória do processo”, previstos respectivamente nos artigos 280 e 281 do Código de Processo Penal português.

Itália e Espanha extraem de suas Constituições a obrigatoriedade da ação penal, mas também discutem institucionalmente o exercício da oportunidade de modo bastante avançado. [...]

Os países de tradição de *common law*, como a Inglaterra e os Estados Unidos, são marcadamente caracterizados pela oportunidade da ação penal. Os Estados Unidos, de modo particular, caracteriza-se não só pela oportunidade, mas também por adotar um sistema de *plea*, isto é, de acordos penais.[...]

Também os países da América Latina já se mostraram sensíveis a essa temática.

Ao que parece, a incorporação no Brasil de mecanismos de justiça consensual na área criminal não possui ligação **direta, exclusiva** ou **necessária** com a tradição de *common law*, revelando-se, antes, uma tendência **global** ligada, sobretudo, a razões de **celeridade** e **eficiência** na administração da justiça criminal.

Nessa toada, Antonio do Passo Cabral (2019, p. 723–724) enxerga um movimento pela **convencionalidade** do direito processual penal, isto é, o crescimento de uma justiça penal consensual, reforçando a **autonomia da vontade** e favorecendo a busca de resultados **concertados** entre o imputado, o Ministério Público e a vítima, em nítida **oposição** à justiça criminal clássica, que sempre foi **impositiva**.

2.3 Confusão com o *plea bargaining* norte-americano

É preciso ponderar que, embora o *plea bargaining* norte-americano, tal como o acordo de não persecução penal, consista em um mecanismo de resolução pactuada de casos penais, o primeiro se dá sob a ameaça de sanção pelo Estado-Juiz, ao contrário do último, que confere primazia à não coercividade e busca evitar a deflagração de um processo-crime.

Atenção:

A fim de evitar confusões terminológicas, cumpre expor os seguintes conceitos oferecidos por Ana Lara Camargo de Castro (2019, p. 39): *plea* é a declaração, prestada em juízo, de culpado (*guilty plea*), não culpado (*not guilty plea*) ou de que não admite nem contesta a acusação (*nolo contendere*); *plea bargaining*, por sua vez, consiste no ato de negociação entre acusação e defesa para se chegar à resolução penal; por fim, *plea bargain* significa a tratativa em si, o que restou negociado entre os acordantes.

Por se tratar de oportunidade meramente extrajudicial, sem qualquer processo instaurado (não há sequer o oferecimento de denúncia), eventual **confissão** dos fatos pelo investigado não representa **assunção de culpa** (*guilty plea*), como se a conduzir o acordante ao recebimento de uma pena pelo juiz. Tanto isso é verdade que, se o investigado **descumprir** injustificadamente os termos pactuados no acordo de não persecução penal, a única **consequência** em seu desfavor será o ajuizamento de denúncia pelo membro do Ministério Público, sem a possibilidade de **execução** das condições acordadas – de forma semelhante, inclusive, ao que ocorre nos casos de descumprimento de transações penais, segundo a já citada Súmula Vinculante n.º 35.

Portanto, o acordo de não persecução penal **não** deve ser confundido com a sistemática tradicional do *plea bargaining* norte-americano, dotada de coercividade mediante uma sentença criminal.

Nesse espírito, é importante não confundir o acordo de não persecução penal com o *Non-Prosecution Agreement* (NPA) do *plea bargaining* norte-americano. NPA é um acordo de resolução extrajudicial (*pretrial diversion*)

entre o governo norte-americano (geralmente, o Departamento de Justiça ou a Comissão de Valores Mobiliários) e entidades corporativas, sobretudo em crimes de colarinho branco (*white-collar crime*), a permitir que o governo promova medidas ou obrigações administrativas contra a respectiva entidade (como multa, confissão dos fatos, renúncia à prescrição, mudanças institucionais e adoção de *compliance*), em troca do compromisso, por parte do governo, de abrir mão de futuras ações penais contra a companhia.

Embora a tradução literal do NPA, em língua portuguesa, seja equivalente a “acordo de não persecução”, o instituto norte-americano **difere** muitíssimo do acordo de não persecução penal, sendo, em verdade, semelhante a outra espécie de **acordo de não processar** existente no Brasil, a saber, o **acordo de leniência**, previsto nos já mencionados artigos 87 da Lei n.º 12.529/2011 e 16 da Lei Anticorrupção (Lei n.º 12.846/2013). Daí causar estranheza o fato de René Ariel Dotti e Gustavo Scandelari (2019, p. 1) afirmarem que “a expressão ‘acordo de não persecução’ parece trazida da experiência norte-americana, por inspiração nos seus *deferred prosecution agreement* e *non-prosecution agreement*”.

Igualmente, pedimos vênia para discordar da afirmação de que o acordo de não persecução penal (inclusive a transação penal⁹³ e a suspensão condicional do processo) é “assemelhado ao *plea of nolo contendere*” norte-americano (BRANDALISE; ANDRADE, 2019, p. 262). Ora, o *nolo contendere* estadunidense, tal como o *guilty plea*, (1) **gera** condenação criminal (2) **impõe** pena e (3) **pesa** como maus antecedentes – embora não produza efeitos na responsabilidade civil –, fatores absolutamente **distantes** do acordo de não persecução penal (assim como da transação penal e do *sursis* processual). Por isso, não concordamos com a afirmação dos autores no sentido de que a “aceitação e cumprimento” do *nolo contendere* “não causam reflexos na culpabilidade” do imputado, pois faz aproximadamente cem anos que o *plea of nolo contendere* pode ter como consequência a imposição de uma **pena** (inclusive privativa de liberdade), segundo *Hudson v. United States* (1926).

2.4 O caminho político-criminal sem volta. Ausência de interesse de agir

Não há como negar ao *Parquet* e a seus membros uma regulamentação e reflexão político-criminais no tocante à eleição de ações a nível institucional e em cada uma das unidades ministeriais. Nas palavras de Busato (2002, p. 118): Assim que as eleições de diretrizes político-criminais referentes à atuação do Ministério Público têm necessariamente grande influência nos rumos que seguirá o Direito penal brasileiro, tanto no estudo da dogmática, da política criminal como no desenvolvimento de uma necessária linguagem própria que corresponda aos objetivos visados pelo Estado com a aplicação das consequências jurídicas do delito.

Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político-criminal cotidiana, onde decide a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnicojurídica.

Vivemos em um momento de superação de um modelo de sistema jurídico penal encerrado em grades ontológicas, para a passagem a um Direito penal “vivo”, que tem em conta sua capacidade de dar uma adequada resposta social ao problema da criminalidade (sua funcionalidade).

Assim que é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do Direito penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro “filtro” das questões que doravante tendem a ser postas em discussão.

Nesse sentido, não se olvide que a Resolução n.º 118/2014 do CNMP já previa a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, que objetiva a disseminação da cultura de pacificação, a **redução da litigiosidade**, a satisfação social, o empoderamento social e o estímulo de soluções consensuais (artigo 2º, *caput*), observada a valorização do **protagonismo institucional** na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo (artigo 2º, IV). Tal ato normativo, inclusive, dá maior concretude ao item 5.1 das Regras de Tóquio, *in verbis*: Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico,

a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas [...].

Dito isso, temos que a crescente adoção de **soluções alternativas** à persecução penal parece ser um **caminho político-criminal sem volta**, objetivando, sobretudo, viabilizar a plena efetivação da justiça criminal, em grande medida vacilante no processo e julgamento dos crimes de maior gravidade, em razão da enorme pauta judiciária dos delitos menos impactantes. Ao se utilizar da negociação em determinados casos, o Ministério Público busca muito mais do que a simples **imposição** da resposta estatal: almeja a **concretização** desta. Nas palavras de Danielle Arlé (2017, p. 129): Por ter havido equívoco na correta compreensão da “exclusividade estatal de jurisdição”, criou-se uma dependência ao Estado-Juiz, como se as pessoas estivessem acostumadas à imposição e não mais soubessem encontrar seus próprios rumos sem a guia, sempre forçada, do Poder Judiciário. Formou-se, desta forma, uma cultura demandista, em que se habituou a pedir que o terceiro, Estado, diga como cada conflito deve ser solucionado.

Nesse ponto, o Ministério Público deve assumir um **protagonismo institucional** e pensar criticamente acerca da sua missão constitucional de gatekeeper da justiça criminal do país, isto é, de seleção inteligente dos casos penais a serem levados ao Poder Judiciário, a exigir, sempre e sempre, a análise de **interesse de agir** no caso concreto, isto é, de interesse na *persecutio criminis in judicio*.

Para avaliar a presença, ou não, de **interesse de agir**, que é **condição para o exercício da ação penal** (artigo 395, II, segunda parte, do CPP⁹⁴), cumpre invocar o escólio de Renato Brasileiro de Lima (2016, p. 254): A ideia de interesse de agir ou de interesse processual está relacionada à utilidade da prestação jurisdicional que se pretende obter com a movimentação do aparato judiciário. Deve-se demonstrar, assim, a **necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário** para a obtenção do resultado pretendido, independentemente da legitimidade da pretensão. A fim de se verificar se o autor tem (ou não) interesse processual para a demanda, **deve se questionar se, para obter o que pretende o autor, é efetivamente necessária a**

providência jurisdicional pleiteada (art. 17 do novo CPC). (negrito) [...]

A **necessidade estará presente sempre que o autor não puder obter o bem da vida pretendido sem a devida intervenção do Poder Judiciário**. Esse raciocínio só é correto para as situações em que se pretende exercitar, pelo processo, direitos a uma prestação, pois há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação. Portanto, quando não houver meios para a satisfação voluntária, há necessidade de jurisdição. (negrito) No mesmo sentido, vale referir a conceituação apresentada por Eugênio Pacelli (2017, p. 68):

De modo geral, na teoria do processo, afirma-se que o interesse de agir encontra-se ligado à necessidade da escolha jurisdicional para a composição do conflito surgido entre quem se alega titular de um direito subjetivo, oponível a outro, e este, devedor da obrigação a ele correspondente, na clássica conceituação do direito *privado*, no sentido de que a um direito corresponde um dever. **A via jurisdicional, para ser acionada, exigiria, então, o esgotamento prévio e anterior de todas as possibilidades possíveis de autocomposição**. (negrito)

Caso hipotético:

Por que provocar a via **judicial**, oferecendo ação penal pública (que tramitará, no 1º grau, por 3 anos e 10 meses, em média, como será visto no tópico seguinte) contra um investigado a que se atribui o furto de um aparelho celular, em concurso de pessoas, se, na via **extrajudicial**, esse mesmo investigado pode firmar um acordo com o Ministério Público e, **em poucos meses**, (1) reparar o dano causado à vítima, (2) prestar serviços à comunidade e (3) pagar prestação pecuniária a uma associação?

Certamente, tal caso hipotético não revela qualquer **interesse de agir**, pois, tomando de empréstimo as palavras de Renato Brasileiro de Lima, já destacadas acima, “há a possibilidade de cumprimento espontâneo da prestação”, tornando desnecessário o acionamento do Poder Judiciário. Afinal, segundo o autor, apenas “quando não houver meios para a satisfação voluntária, há necessidade de jurisdição”.

Portanto, na qualidade de **medida de política criminal**, o acordo decorre da necessidade de um estudo mais apurado do **interesse de agir** em determinados casos penais, a demandar, não raro, a adoção de soluções alternativas ao processo penal, que proporcionem (1) celeridade na resolução

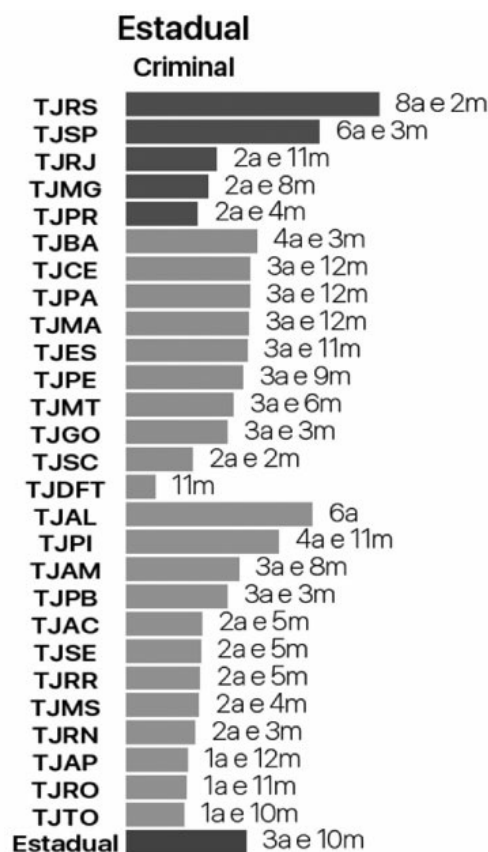
dos casos considerados de média gravidade, garantindo priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para o processo e julgamento dos casos tidos como mais graves e (2) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais⁹⁵.

Os dois pontos acima merecem destaque e consistirão nos próximos tópicos.

2.5 A morosidade processual

Na visão de Cabral (2017, p. 21–22), os casos que efetivamente chegam às varas criminais têm, normalmente, tramitação dificultosa e sofrem com um infindável número de incidentes e dificuldades burocráticas, de modo que obter uma sentença penal com trânsito em julgado parece algo quase **inalcançável** para os delitos graves. Para o autor, uma das melhores alternativas para tornar o sistema mais eficiente e adequado repousa na implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal.

Segundo o relatório “Justiça em Números 2019”, ano-base 2018, elaborado pelo CNJ (2019, p. 156), o tempo médio de tramitação dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do 1º grau é de **três anos e dez meses**, na Justiça Estadual. Note-se que o tempo médio de tramitação pode chegar a oito anos e dois meses no Rio Grande do Sul, seis anos e três meses em São Paulo e seis anos em Alagoas: Imagem n.º 3



Não há dúvidas acerca da excessiva delonga processual espalhada pelo país: a **morosidade processual** no Poder Judiciário é a reclamação de quase metade dos cidadãos que procuram a Ouvidoria do CNJ (2014, p. 3). Inclusive, o CNJ registra que a maior parte das demandas recebidas na sua Ouvidoria relativas à morosidade processual no Poder Judiciário decorre de feitos em tramitação no 1º grau (2014, p. 6). Eis os estados dos quais mais da metade das manifestações recebidas na Ouvidoria do CNJ tratavam de morosidade processual: Imagem n.º 4

Estado	Morosidade processual	Totais	%
PA	137	187	73,26%
AC	7	10	70,00%
PB	69	124	55,65%
PI	33	60	55,00%
GO	84	154	54,55%
BA	265	492	53,86%
RN	26	49	53,06%
RJ	400	773	51,75%
MA	45	89	50,56%
Outros	1.240	3.157	39,28%
Total Geral	2.306	5.095	45,26%

Sabemos que a morosidade processual **não** decorre de uma falta de empenho por parte de juízes e servidores, muito ao contrário⁹⁶. De todo modo, é preciso pensar em soluções para o retrato acima.

A adoção de acordos de não persecução penal constitui um importante fator em prol da **celeridade processual**, pois vários casos de **média gravidade** serão resolvidos extrajudicialmente, permitindo, assim, ao Poder Judiciário, a concentração de esforços no processo e julgamento dos casos representativos das reclamações sociais por agilidade (p. ex.: crimes dolosos contra a vida, crimes patrimoniais praticados mediante violência ou grave ameaça à pessoa, tráfico de entorpecentes, crimes contra a dignidade sexual, entre outros). A

título ilustrativo, veja-se a **guia de execução definitiva** a seguir: Imagem n.º 5

Tipificação Penal						
Art. 306 e 309 da Lei nº. 9.503/97						
Data do fato		Recebimento da denúncia ou queixa		Data da publicação da pronúncia		
20/11/2011		26/06/2012				
Data da publicação da Sentença		Data da publicação do Acórdão		Órgão do Tribunal		
25/04/2017				TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ		
Data do trânsito em julgado para Defesa			Data do trânsito em julgado para o Ministério Público			
04/11/2017			20/09/2017			
DADOS PARA DETRAÇÃO PENAL						
DATA DO FATO	FATO				DIAS DEDUZIDOS	
20/11/2011	PRISÃO EM FLAGRANTE				1 dias	
PENAS IMPOSTAS NO PROCESSO						
CRIME COMUM - Reclusão	ANO(S)	0	MES(ES)	0	DIA(S)	0
CRIME COMUM - Detenção	ANO(S)	0	MES(ES)	6	DIA(S)	0
CRIME HEDIONDO	ANO(S)	0	MES(ES)	0	DIA(S)	0
REINCIDENCIA	COMUM	NÃO	HEDIONDO	NÃO	GENÉRICA	
DIAS-MULTA	10	VALOR MULTA		R\$ 181,70		
ANO(S)		MES(ES)		DIA(S)		
Regime Prisional						
ABERTO						

Observe-se que o caso penal acima – geralmente, sem complexidade probatória – tramitou no 1º grau de jurisdição, entre o recebimento da denúncia e a prolação da sentença condenatória, por aproximadamente 5 anos e 2 meses⁹⁷, quando, logo após, transitou em julgado, sem qualquer recurso de apelação. Note-se que, ao fim desse lapso temporal, o **resultado** obtido pelo Ministério Público foi a condenação do imputado à pena de 6 meses de detenção (convertida em pena alternativa) e multa. Por certo, não foi **eficaz** a relação entre (1) o objetivo pretendido, (2) a duração do caso penal acima, (3) os recursos públicos despendidos e (4) o resultado atingido.

A realização de acordos evita a judicialização de demandas que, em muitos casos, apenas tomariam tempo e dinheiro dos órgãos de persecução e da vítima, obstaculizando o processo e julgamento dos delitos mais graves. O modelo tradicional de solução de conflitos penais passa a contar com a alternativa de uma prática **diversionista** e altamente **resolutiva**, na linha dos desejos da **sociedade** e da **vítima** por celeridade e reparação dos danos.

Igualmente, há de se destacar a satisfação do investigado, em razão da ausência de denúncia contra si, porquanto notórias as agruras de uma persecução penal em juízo. Os acordos de não processar resguardam as relações de trabalho e familiares do investigado e evitam o binômio

reincidência-encarceramento. A esse respeito, lúcido o esclarecimento de Rodrigo da Silva Brandalise (2019, p. 234): [...] o processo que tarda determina um **sofrimento desnecessário ao imputado**, pois compromete a vida pessoal e profissional dele, bem como sua liberdade e a própria paz social. Não fosse tal suficiente, a estrutura judicial não está afastada da compreensão do custo existente para sua manutenção. Necessariamente, a solução das contendas em tempo útil serve para contemporizar estes dois extremos. (negrito) A CRFB **exige** dos agentes públicos soluções rápidas e seguras a casos penais, mediante razoável duração do processo. O princípio constitucional da eficiência e os deveres de celeridade e presteza são **cogentes** (e não meramente facultativos) e responsáveis por direcionar o agir do Poder Público. Nas palavras de Uadi Lammêgo Bulos (2014, p. 711): Pelo princípio da razoável duração do processo, as autoridades jurisdicionais (processo judicial) e administrativas (processo administrativo) devem exercer suas atribuições com rapidez, presteza e segurança, sem tecnicismos exagerados, ou demoras injustificáveis, viabilizando, a curto prazo, a solução dos conflitos.[...]

Daí o Texto de 1988 preconizar que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (art. 5º, LXXVIII).

Esse preceito, de eficácia plena e aplicabilidade imediata, proveniente da EC n. 45/2004 (reforma do Judiciário), almeja impedir que a justiça tardia não se converta em injustiça.[...]

Embora a razoável duração do processo e a celeridade processual já estejam embutidas na cláusula do *due process of law* (art. 5º, LIV), e no princípio da eficiência (art. 37, *caput*), o constituinte seguiu a tendência mundial de consagrar, explicitamente, os reclamos por uma Justiça rápida, ágil, objetiva, transparente e de qualidade.

Adiantou alguma coisa a constitucionalização do princípio em epígrafe?

A princípio, não. O fato de um assunto vir consignado em termos constitucionais explícitos não significa, necessariamente, que o veremos concretizado.

A forte crítica de Bulos evidencia, com clareza solar, a **importância** do advento do artigo 28-A do CPP. Tomando de empréstimo as palavras de Bulos (2014, p. 711) destacadas acima, podemos afirmar que o acordo de não

persecução penal é bem-vindo por ter o **propósito** de evitar que “a justiça tardia não se converta em injustiça”.

Por fim, vale lembrar que, nos HCs n.º 126.292/SP e n.º 152.752/PR, os ministros Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso argumentaram que a **sociedade** e as **vítimas** possuem o direito de ver os casos penais resolvidos pelo Poder Público em tempo **plausível**, por força do princípio da **duração razoável do processo** (artigo 5º, LXXVIII, da CRFB⁹⁸). Apesar de o Brasil não contar com uma lei da duração razoável do processo, como a *Speedy Trial Act* norte-americana, é **dever** do membro do *Parquet* agir com **eficiência** em casos penais, seja por meio da tradicional persecução penal em juízo, seja na forma de um acordo, assim como é **direito** do investigado, acusado ou condenado receber uma prestação estatal **ágil**.

2.6 O colapsante sistema prisional no Brasil

São inegáveis as dificuldades enfrentadas pela justiça criminal tradicional, que atingem penosamente até mesmo a seara executiva do processo penal.

É patente a crise do sistema penitenciário brasileiro, que passa por um verdadeiro **Estado de Coisas Inconstitucional**, ante as graves e sistemáticas violações a direitos fundamentais da população carcerária, quadro esse, inclusive, já reconhecido em 2015 pelo STF, ao julgar a Medida Cautelar na ADPF n.º 347/DF – que possui grande embasamento na Sentencia T-153/1998 da Corte Constitucional colombiana⁹⁹ (COLÔMBIA, 1998). A imagem abaixo retrata parte do que se vê nas prisões brasileiras: Imagem n.º 6



Apesar de identificado, o **Estado de Coisas Inconstitucional** do sistema carcerário brasileiro é **aceito** por muitos com resignação, conformismo e, em visões radicais e inadequadas, um “justo” *plus* de punição ao preso. Nesse sentido, vale citar a observação de Rogério Greco (2016, p. 226): [...] principalmente nos países subdesenvolvidos ou ainda em desenvolvimento, o orçamento destinado ao sistema penitenciário quase nunca é suficiente para as suas necessidades básicas. Os direitos mais mezinhos, a exemplo da possibilidade de se alimentar dignamente, de tomar banho, utilizar a energia elétrica, enfim, situações que, de modo algum, importariam em regalias para

o preso, são desprezados, fazendo com que o sistema carcerário mais se pareça com as masmorras do período medieval.

Há, portanto, uma falta de interesse estatal em cumprir, inclusive, com aquilo que, muitas vezes, vem determinado em sua própria legislação, bem como nos tratados e convenções internacionais de que foram signatários.

A causa do preso, definitivamente, não angaria a simpatia dos governantes que, mesmo veladamente, no fundo, a aceitam como forma de punição para aquele que praticou a infração penal. Na verdade, o comportamento dos governantes é um reflexo daquilo que a sociedade pensa sobre o tratamento que deve ser dirigido aos presos.

Tome-se o exemplo do recente massacre ocorrido no Centro de Recuperação Regional de Altamira, em julho de 2019, o **segundo maior** em presídios brasileiros (atrás apenas de “Carandiru”, em que 111 custodiados morreram), caso penal que tramita na promotoria de justiça da qual este autor é titular. Uma disputa por poder entre facções criminosas no interior da casa penal fez com que uma sobrepujasse a outra e decidisse assassinar cruelmente os presos rivais, a fim de conquistar a maioria numérica do estabelecimento prisional e o controle de operações criminosas na região, especialmente o tráfico de drogas. Os homicídios foram **brutais**: 16 pessoas foram decapitadas e esquartejadas e 42 internos foram asfixiados e carbonizados. Assim, um total de 58 presos definitivos e provisórios perderam as suas vidas nesse episódio.

Nota-se, sem dificuldades, que o acúmulo e a concentração de demandas penais de menor gravidade tanto impedem que o sistema penal se ocupe de assuntos mais graves quanto mantêm **colapsando** a justiça criminal, retirando-lhe a credibilidade e mostrando que o problema do massivo encarceramento deve ser tratado não apenas em sede de execução penal, mas, igualmente, na fase **pré-processual**, a evidenciar a importância do emprego de **acordos de não processar** no país. Segundo a lição de Rogério Greco (2016, p. 228): A inflação legislativa, fruto de um Direito Penal simbólico, permite que fatos de pequena ou nenhuma importância sejam julgados pela Justiça Criminal, fazendo com que o sistema fique superlotado com pessoas que poderiam ser punidas pelos demais ramos do ordenamento jurídico, a exemplo do civil e do administrativo.

Da mesma forma, o uso indiscriminado de privação cautelar de liberdade, ou seja, de pessoas que aguardam presas os seus julgamentos, tem uma contribuição decisiva para a situação atual de superlotação do sistema carcerário. Muitas vezes, essas pessoas, que aguardaram presas o seu julgamento, foram absolvidas, ou seja, foram privadas ilegalmente do seu direito de liberdade.

O quadro penitenciário do país se mostra ainda mais preocupante quando se constata a **seletividade** do sistema penal em desfavor de pessoas **pobres** acusadas de cometerem crimes eminentemente patrimoniais, uma nítida **gestão violenta da pobreza** por meio do sistema penal, o que já foi desvelado, de há muito, pelo saber criminológico crítico.

Baratta (2004, p. 210), o criminólogo europeu mais influente na criminologia latino-americana entre os anos 70-80 do século passado, denunciou que mais de 80% dos delitos perseguidos nos países de capitalismo avançado são delitos contra a propriedade. Para ele, é natural que as classes **desfavorecidas** desse sistema de distribuição de riqueza estejam mais particularmente expostas a esse processo de criminalização fundado no dinheiro.

A dogmática jurídico-penal é **vacilante** em enxergar tais desigualdades. Muito em razão disso, Baratta (2006, p. 169) já falava de um direito **desigual**, que pune severamente o pobre, mas, é condescendente com o rico, detentor de poder político e/ou econômico. Tamanha a seletividade do sistema penal, o min. Luís Roberto Barroso, no HC n.º 126.292/SP, chegou a propor uma **seletividade** “às avessas”, em prol do combate aos crimes de “colarinho branco” e de uma maior **igualdade** relativamente ao público atingido pela persecução penal. Apesar de questionável – pois a seletividade, seja qual for a sua orientação, é sempre **ruim** –, o argumento do ministro evidencia (1) o grau de **colapso** em que a justiça criminal se encontra e (2) o público preferencial do sistema penal brasileiro.

A partir de dados obtidos em levantamento feito pelo CNJ (2018, p. 48), é possível concluir que, dentre os **vinte** tipos penais mais recorrentes imputados às pessoas privadas de liberdade, há uma nítida **predominância** do enfoque materialista (roubo, furto, receptação, latrocínio, extorsão, estelionato e tráfico de drogas): Imagem n.º 7

Tabela 11. Tipos penais mais recorrentes imputados às pessoas privadas de liberdade

Tipificação Penal*	Percentual
Roubo	27,58
Tráfico de drogas	24,74
Homicídio	11,27
Furto	8,63
Posse, porte, disparo e comércio de arma de fogo ilegal	4,88
Estupro	3,34
Receptação	2,31
Estatuto da Criança e do Adolescente	2,11
Crimes contra a fé pública	1,46
Crimes contra adm. pública	1,46
Associação criminosa	1,38
Lei Maria da Penha	0,96
Ameaça	0,95
Lesão corporal	0,87
Organização Criminosa	0,79
Latrocínio	0,78
Código Nacional de Trânsito	0,75
Extorsão	0,56
Estelionato	0,56
Dano	0,29

Suxberger (2019, p. 113) enxerga o novel acordo de não persecução penal como um verdadeiro **avanço institucional**. Para o autor, em um cenário de discussão institucional acerca da questão prisional no país, “o acordo representa um obstáculo a mais para a imposição mandatória da pena de prisão por ocasião da formalização da resposta penal do Estado”, especialmente no tocante à pessoa **reincidente em crime doloso**, que raramente faz jus à substituição prevista no artigo 44, § 3º, do Código Penal¹⁰⁰.

2.7 A (in)validade do artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP

O advento da Lei Anticrime logrou êxito em afastar os argumentos contrários à **validade** do acordo de não persecução penal. É que, com a **positivação** do acordo no artigo 28-A do CPP, perdeu interesse prático o argumento da **inconstitucionalidade formal** do artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP. Assim, gerou-se um consenso doutrinário acerca da **validade** do acordo de não persecução penal, embora o mesmo não possa ser dito em relação ao ato normativo que anteriormente lhe dava sustentação jurídica.

Certo é que, diante da regulamentação integral do tema pelo artigo 28-A do CPP, formaram-se duas correntes de pensamento: (1) **ou** o artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP foi **tacitamente revogado** pelo artigo 28-A do CPP, caso se trate de um jurista crente na **força de norma primária** do dispositivo do CNMP (tema que será abordado adiante); (2) **ou** o acordo de não persecução penal dá os seus primeiros passos **válidos** no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei Anticrime, caso se trate de um intérprete crente na **invalidade** do dispositivo do CNMP.

Na linha do exposto na 1ª edição desta obra, defendemos a **primeira** corrente de pensamento, a de que o artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP foi **tacitamente revogado** pelo artigo 28-A do CPP, com base no artigo 2º, § 1º, da LINDB¹⁰¹. A nosso ver, a resolução do CNMP possuía força de lei (status **de norma primária**). Hoje, com a **regulamentação integral superveniente** do tema pela Lei Anticrime, operou-se a **revogação tácita** do artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP.

Feita essa introdução, eis os principais argumentos acerca da (in)validade do **hoje revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP.

2.7.1 As ações diretas de inconstitucionalidade

A Associação dos Magistrados Brasileiros e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram, respectivamente, as ADIs n.º 5.790/DF e n.º 5.793/DF contra o **hoje revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, que, contudo, foi posteriormente modificado pela Resolução n.º

183/2018, também do CNMP, oportunidade em que vários dispositivos questionados receberam os devidos ajustes.

Nada obstante, as entidades acima insistiram na **inconstitucionalidade formal** do dispositivo que inaugurou no país o acordo de não persecução penal, o que levou alguns juristas a duvidar da validade do **hoje revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP.

2.7.2 Argumento da força de norma primária

De antemão, vale lembrar que o *Parquet* é o **titular** da ação penal pública, nos termos do artigo 129, I, da CRFB, assim como que a **cláusula de abertura** prevista no artigo 129, IX, da CRFB possibilita ao Ministério Público exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade: Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]

IX - exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Dessa forma, o **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP apenas regulamentou um instrumento negocial do Ministério Público, com fundamento no seu *Anklagemonopol* (**monopólio** da ação penal pública) (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2012, p. 75) e na **cláusula de abertura** referida acima.

Feita essa análise, convém frisar que, na visão do STF, as resoluções do CNMP e do CNJ que extraíam a sua validade **diretamente** da CRFB possuem caráter de **norma primária**, classificando-se, pois, como regulamentos autônomos. O precedente do STF relativo ao CNMP se encontra na Ação Cautelar n.º 3.014/RJ e diz respeito ao julgamento da Resolução n.º 8/2006, que determina a vedação ao exercício da advocacia por membros do Ministério Público. Por sua vez, o precedente do STF relativo ao CNJ reside na Medida Cautelar em Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º 12/DF, e diz respeito ao julgamento da Resolução n.º 7/2005, que veda o nepotismo no Poder Judiciário.

A propósito, vale conferir a transcrição de relevante excerto do julgamento proferido pelo Plenário do STF na citada Medida Cautelar em ADC n.º

12/DF: A Resolução n.º 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade. O ato normativo que se faz de objeto desta ação declaratória densifica apropriadamente os quatro citados princípios do art. 37 da Constituição Federal, razão por que não há antinomia de conteúdos na comparação dos comandos que se veiculam pelos dois modelos normativos: o constitucional e o infraconstitucional. Logo, o Conselho Nacional de Justiça fez adequado uso da competência que lhe conferiu a Carta de Outubro, após a Emenda 45/04. (negrito) Daí se afirmar que o **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP era dotado de **caráter normativo primário**, “dado que arranca[va] diretamente do [artigo 130-A, § 2º, I¹⁰²] da Carta-cidadã” o seu **fundamento de validade**. Afinal, conforme o STF decidiu no MS n.º 27.621/DF, o CNMP, no exercício de suas atribuições administrativas, ostenta o poder de expedir atos regulamentares, nos termos do artigo 130-A, § 2º, I, da CRFB. Portanto, o **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP “densifica[va] apropriadamente [três dispositivos previstos na] Constituição Federal”, a saber, o artigo 129, I (monopólio da ação penal pública), o artigo 129, IX (cláusula de abertura) e o artigo 130-A, § 2º, I, da CRFB (poder regulamentar do CNMP).

Não é demais lembrar que, segundo o STF assentou no HC n.º 143.333/PR, os regimentos internos dos tribunais, editados com base no artigo 96, I, *a*, da CRFB¹⁰³, também consubstanciam **normas primárias**, de idêntica categoria às leis.

2.7.3 Argumento da presunção de constitucionalidade

Em sua obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*, Luís Roberto Barroso (1998, p. 164–165) assevera que:

[...] a presunção de constitucionalidade das leis encerra, naturalmente, uma presunção *iuris tantum*, que pode ser infirmada pela declaração em sentido contrário do órgão jurisdicional competente [...]. Em sua dimensão prática, o princípio se traduz em duas regras de observância necessária pelo intérprete e aplicador do direito: (a) não sendo evidente a inconstitucionalidade, havendo

dúvida ou a possibilidade de razoavelmente se considerar a norma como válida, deve o órgão competente abster-se da declaração de inconstitucionalidade; (b) havendo alguma interpretação possível que permita afirmar-se a compatibilidade da norma com a Constituição, em meio a outras que carregavam para ela um juízo de invalidade, deve o intérprete optar pela interpretação legitimadora, mantendo o preceito em vigor.

Portanto, em razão do **princípio da presunção da constitucionalidade**, o **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP era válido até que, remota e eventualmente, o STF declarasse a sua incompatibilidade com a CRFB, pois havia uma presunção de constitucionalidade militando em seu favor. Nas palavras de Gebran Neto (2002, p. 108): O intérprete deve tentar extrair validade das leis e dos atos normativos do Poder Público sempre que possível, só declarando sua inconstitucionalidade quando esta for flagrante e incontestável. A declaração de inconstitucionalidade sempre é medida excepcionalmente adotada, porque implica restrição ao exercício de atividade legítima de outro Poder.

Atenção:

Segundo a lição de Paulo Gustavo Gonet Branco (2014, p. 107), não se deve pressupor que se haja querido dispor em sentido contrário à Constituição. Portanto, a presunção que se opera em favor dos atos normativos é a de **constitucionalidade**, e não a de inconstitucionalidade.

Outrossim, vale lembrar que o STF **não exige a edição de lei** para regulamentar a disciplina constitucional, especialmente porque a omissão do legislador não constitui obstáculo à edição de normas regulamentares destinadas a tornar efetivas determinações constitucionais (JUSTEN FILHO, 2015, p. 218).

2.7.4 Argumento da ausência de matéria processual

Alguns juristas negavam validade ao **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP por entender que o dispositivo consubstanciava norma de **direito processual** e, por conseguinte, invadia a competência legislativa da União para tratar do tema, prevista no artigo 22, I, da CRFB: “Compete

privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, **processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho” (negrito).

Todavia, o **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP abordava questões **prévias** ao processo-crime e **externas** ao exercício da jurisdição, isto é, uma fase extrajudicial em que, à semelhança da transação penal, não havia sequer acusado (GRINOVER et al., 2005, p. 157), pois inexistia o exercício de uma pretensão punitiva perante autoridade judicial a formar o trinômio Ministério Público, acusado e juiz (*actum trium personarum*).

Cuidado:

Partindo do conceito do que seja matéria processual, definido pelo STF em 2006 no julgamento da ADI n.º 2.970/DF, o **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP somente teria cuidado de matéria processual se tivesse tratado “do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a **relação processual**, como também das normas que regulam os atos destinados a realizar a *causa finalis* da **jurisdição**” (negrito).

Tome-se o exemplo da implementação no país, também via resolução, da sistemática das **audiências de custódia**. Segundo a Resolução n.º 213/2015 do CNJ, toda pessoa que acaba de ser presa deve ser apresentada à autoridade judicial, no prazo de 24 horas. O ato normativo do CNJ cuidou de tema **pré-processual** e apenas **regulamentou** matéria **convencional** (em outras palavras, um assunto visto à luz de tratado internacional do qual o Brasil seja signatário), a saber, o direito da pessoa presa insculpido no artigo 7º, item 5, do Pacto de São José da Costa Rica¹⁰⁴. Dessa forma, o **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP **não** invadiu a competência legislativa da União para tratar de **matéria processual** – da mesma forma que a resolução do CNJ responsável por implementar no país as audiências de custódia. Em verdade, o acordo de não persecução penal **evita** o processo.

Hoje, com o advento da Lei Anticrime, o acordo de não persecução penal foi **positivado** no Código de Processo Penal, o que, ainda assim, **não**

transmite ao instituto negocial a natureza jurídica de **norma processual penal**.

Em outras palavras, o fato de o acordo de não persecução penal se encontrar regulamentado no Código de Processo Penal não lhe confere o *status* de **matéria processual**. O mesmo pode ser dito em relação ao **inquérito policial**, que, obviamente, **não configura matéria processual**, mas, encontra-se majoritariamente disciplinado no Código de Processo Penal. É que os códigos **não** são obrigados a cuidar de um único objeto. Em outras palavras, o Código de Processo Penal pode versar **normas não processuais penais**. A esse respeito, vale conferir o artigo 7º, I, da “Lei das Leis” (Lei Complementar n.º 95/1998): Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios:

I - **excetuadas as codificações**, cada lei tratará de um único objeto; (negrito)

Portanto, o Código de Processo Penal **não dispõe exclusivamente** sobre matéria processual penal, de modo que, a nosso ver, o acordo de não persecução penal, tal como o inquérito policial, mantém a sua natureza jurídica de **norma extraprocessual, procedimental, extrajudicial ou administrativa**.

2.7.5 Argumento da ausência de matéria penal

Por fim, negava-se validade ao **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP ao argumento de que o dispositivo configurava **norma de direito penal**.

Contudo, o dispositivo em análise não definia crimes, penas, causas extintivas da punibilidade ou temas diretamente correlatos. O **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP somente admitia a pactuação de obrigações mútuas de natureza **extrajudicial**, carentes, portanto, de **coercividade**. O investigado/acordante apenas cumpria as condições pactuadas se desejasse, inexistindo a possibilidade de cumprimento forçado por parte do Ministério Público – diferente, pois, da sistemática tradicional do *plea bargaining* norte-americano, que possui caráter coercivo.

Em verdade, o CNMP apenas fez uso de seu poder de expedir atos regulamentares, com o objetivo de apresentar uma **política criminal** para o

Ministério Público brasileiro, consistente na promoção de soluções **alternativas** ao processo-crime. Buscou o CNMP conferir celeridade à resolução dos casos considerados menos relevantes e priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário, para viabilizar o processo e julgamento dos casos tidos como mais graves.

Pela sistemática do **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, o cumprimento das condições do acordo resultava **apenas** no **arquivamento** das investigações (§ 11). Todavia, hoje, com o advento da Lei Anticrime, o acordo de não persecução assumiu uma inegável **natureza penal**: o adimplemento integral das condições pactuadas deságua na **extinção da punibilidade** do acordante (artigo 28-A, § 13, do CPP). Tem-se, aqui, um típico caso de *novatio legis in melius*.

Ao regulamentar hipótese de **extinção da punibilidade** (como a perempção, o perdão, a renúncia, a decadência, entre outras), atingindo diretamente o *jus puniendi*, o artigo 28-A, § 13, do CPP produziu “reflexos incontestes no campo do direito penal”, expressão utilizada por Guilherme de Souza Nucci (2016, p. 41–42) em tema correlato: Uma vez que as regras sejam modificadas, quanto a um deles, podem existir reflexos incontestes no campo do Direito Penal. Imagine-se que uma lei crie nova causa de **perempção**. [...] **Deve ela ser retroativa** para o fim de extinguir a punibilidade do acusado, pois é nítido o seu efeito no direito material (art. 107, IV, CP). (negrito) As consequências da nova **natureza penal** do acordo serão analisadas no próximo tópico.

2.8 Nova natureza penal do acordo de não persecução

Como defendido no tópico anterior, o acordo de não persecução penal **não dispõe sobre matéria processual**. Aqui, vale a lição de Ada Pellegrini Grinover *et al.* (2005, p. 157) acerca da transação penal, uma espécie de **acordo de não processar** bastante semelhante. O artigo 28-A do CPP cuida de questões **prévias** ao processo-crime e **externas** ao exercício da jurisdição, uma fase extrajudicial em que não há sequer acusado, pois inexistente o exercício de uma pretensão punitiva perante autoridade judicial a formar o trinômio Ministério Público, acusado e juiz (*actum trium personarum*).

Nem se argumente que o acordo de não persecução penal se encontra **positivado** no Código de Processo Penal, logo, teria natureza idêntica. É consabido que o CPP **não dispõe exclusivamente** sobre matéria processual penal (a exemplo da disciplina do **inquérito policial**), o que é expressamente admitido pela própria “Lei das Leis” (Lei Complementar n.º 95/1998), em seu artigo 7º, I¹⁰⁵.

Em resumo, o fato de o acordo de não persecução penal se encontrar regulamentado no Código de Processo Penal não lhe confere o *status* de **matéria processual**. Em verdade, o acordo de não persecução é **pré-processual**, pois **evita** o início do processo-crime, logo, possui natureza jurídica de **norma extraprocessual, procedimental, extrajudicial ou administrativa**, tal como o regramento do inquérito policial.

Entretanto, com o advento da Lei Anticrime, o acordo de não persecução assumiu uma inegável **natureza penal**: o cumprimento das condições entabuladas resulta na **extinção da punibilidade** do acordante (artigo 28-A, § 13, do CPP), o que não ocorria pela sistemática do **revogado** artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP.

Ao regulamentar hipótese de **extinção da punibilidade**, a Lei Anticrime atingiu frontalmente o *jus puniendi*, isto é, produziu consequências diretas no campo do direito penal. A principal delas diz respeito ao **princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica** (artigo 5º, XL, da CRFB¹⁰⁶). Assim, por configurar *novatio legis in melius*, o acordo de não persecução penal deverá ser oportunizado **retroativamente**.

Fenômeno semelhante ocorreu por ocasião do **surgimento** da Lei dos Juizados Especiais. Apesar de o seu artigo 90 ter preceituado que “As disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais **cuja instrução já estiver iniciada**” (negrito), o STF conferiu **interpretação conforme** ao dispositivo para “excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei” (ADI n.º 1.719/DF). Em outras palavras, o STF determinou que “a composição civil dos danos, a transação penal, a exigência de representação para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa e a suspensão condicional do processo” fossem aplicadas **retroativamente** aos processos penais em curso (BRASILEIRO DE LIMA, 2015, p. 278).

Tal conclusão nos leva ao estudo do próximo tópico: o **acordo de não continuidade da persecução penal**.

2.9 O acordo de não continuidade da persecução penal

Viu-se até aqui que o acordo de não persecução penal possui **momento** adequado para a sua celebração: a fase **pré-processual**.

A uma, o acordo busca **evitar** o ajuizamento de demandas penais no Judiciário, logo, deve ter lugar **ao fim da fase investigativa**, quando constatada a **justa causa** para a ação penal, ou seja, assim que formada a *opinio delicti* positiva. Com efeito, o acordo é uma **alternativa político-criminal** ao processo-crime.

A duas, note-se que o artigo 28-A, *caput* e parágrafos, do CPP cita as expressões “arquivamento” e “investigado”, esta por **sete vezes**. Não há “arquivamento” de ação penal, da mesma forma que não há “investigados” nessa fase. A obviedade semântica é **ululante**. Bem ainda, o artigo 3º-B, XVII, do CPP, preceitua que o “juiz das garantias” (que atua somente até o recebimento da denúncia, isto é, **antes** do processo-crime ser inaugurado) é o responsável pela homologação do acordo de não persecução penal.

A três, observe-se a **topografia** do acordo de não persecução penal: “Livro I – Título III – Da Ação Penal” do CPP, em dispositivo legal **imediatamente posterior** àquele que disciplina o **arquivamento** (pois não caberá o acordo em caso de arquivamento).

Os argumentos acima, que podemos classificar, respectivamente, como (1) **argumento político-criminal**, (2) **argumento literal** e (3) **argumento topográfico**, evidenciam que o **momento** para a celebração do acordo de não persecução penal é a fase **pré-processual**, ao fim da etapa investigativa, tão logo constatada a justa causa para a ação penal.

Nada obstante, há pelo menos **sete** situações **excepcionais** em que o acordo deverá ser celebrado **após** o recebimento da denúncia, como forma de **obstar a continuidade** ou o **prosseguimento** do processo-crime. Ei-las: Situação nº 1: Emendatio libelli ordinária. Segundo o STJ (AgRg no AREsp nº 1268233/SP), o momento adequado para aplicar o instituto da *emendatio libelli* é o da **prolação da sentença**, porquanto o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia, e não da capitulação legal nela contida – que é dotada de caráter provisório. Se, em consequência de definição jurídica diversa

(desclassificação), houver possibilidade de proposta de acordo de não persecução penal, o juiz deverá submeter os autos à avaliação jurídica do Ministério Público, por analogia ao artigo 383, § 1º, do CPP¹⁰⁷. Nesta e nas situações seguintes, caso o membro do Ministério Público **recuse** a proposta, restará ao juízo remeter os autos ao PGJ ou à CCR respectiva.

Situação nº 2: *Emendatio libelli* antecipada. Consoante a jurisprudência dominante do Sodalício Superior (HC n.º 258.581/RS), é cabível a **antecipação da emendatio libelli** sempre que a subsunção típica dada pelo Ministério Público estiver inadequada e (1) macular a competência absoluta, (2) aviltar o adequado procedimento ou (3) **restringir benefícios penais por excesso de acusação**. Para o nosso objeto de estudo, interessa a terceira hipótese. Aqui, deve o juiz **receber** a denúncia, mas dar aos fatos capitulação jurídica diversa. Caso a nova definição jurídica feita pelo magistrado permita, em tese, a celebração de acordo de não persecução penal, deverá o juiz submeter os autos à apreciação ministerial.

Situação nº 3: *Mutatio libelli*. Se a instrução processual de caso penal outrora insuscetível de acordo de não persecução penal **revelar fato novo**, isto é, alheio à descrição fática contida na denúncia, a ensejar modificação na capitulação jurídica e uma nova instrução, o magistrado deverá aplicar o artigo 384 do CPP¹⁰⁸, concedendo vista dos autos ao Ministério Público para **aditamento da inicial acusatória**¹⁰⁹. Nessa hipótese, caso a nova definição jurídica admita, em tese, a celebração de acordo de não persecução penal, deverá o juiz submeter os autos à avaliação ministerial.

Situação nº 4: **Ações penais em curso anteriormente à vigência da Lei Anticrime**. Como debatido no tópico anterior, ao regulamentar hipótese de **extinção da punibilidade** no artigo 28-A, § 13, do CPP, a Lei Anticrime produziu uma *novatio legis in melius*, de modo que, por força do artigo 5º, XL, da CRFB e segundo decidiu o STF na ADI n.º 1719/DF, a proposta de acordo de não persecução penal deverá ser oportunizada **retroativamente**.

Situação nº 5: **Exclusão de imputações em sede de concurso de crimes**. Não raro, réus têm contra si imputação por **concurso de crimes** capaz de negar a possibilidade de acordo de não persecução penal. Como visto na **Tabela de Vedações** constante do primeiro capítulo desta obra, para a aferição da pena mínima cominada ao delito, cabe aplicar analogicamente o teor da Súmula n.º 243 do STJ, de modo que o acordo de não persecução penal não será aplicável às infrações penais cometidas em concurso material,

concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, for igual ou superior a quatro anos. Em tais casos, pode ocorrer de o Judiciário **excluir** uma ou mais imputações (prescrição, ordem de trancamento via *habeas corpus*, etc.), **reconhecendo-as como inadequadas ao tempo do oferecimento da denúncia**. Sendo essa a hipótese e caso os tipos penais remanescentes permitam, em tese, a pactuação de acordo de não persecução penal, deverá o juiz submeter os autos à avaliação ministerial.

Situação nº 6: **Erro ao convidar/notificar o investigado**. Excepcionalmente, o apoio administrativo ministerial pode **falhar** ao tentar convidar o imputado a celebrar o acordo de não persecução penal. Tome-se o exemplo em que o investigado possui endereço corretamente informado no inquérito policial, mas o apoio administrativo, equivocadamente, certifica que ele se encontra em local incerto e desconhecido. Nesse caso, oferecida e recebida a denúncia, o imputado vem a ser citado por edital, ocasião em que, por meio de resposta à acusação, explana ao juízo o erro operado pelo Ministério Público. Sendo essa a hipótese, deverá o juiz submeter os autos à avaliação ministerial, para eventual proposta de acordo.

Situação nº 7: Procedência parcial da pretensão punitiva. Por analogia à Súmula n.º 337 do STJ e à Tese 11 da Jurisprudência em Teses n.º 93, também do STJ, nos casos de procedência parcial da pretensão punitiva, caso a imputação remanescente admita, em tese, o acordo de não persecução penal, o juiz deverá submeter os autos à avaliação jurídica do Parquet.

As avenças cabíveis nas **sete situações** acima (sem prejuízo de outras semelhantes) são classificadas doutrinariamente como **acordos de não continuidade da persecução penal**, porque **impedem o prosseguimento** do processo penal que pesa contra o imputado **não contemplado** apropriadamente com a solução negocial prevista no artigo 28-A do CPP.

Ressalte-se, contudo, que o acordo de não continuidade **não negocia penas**. Trata-se apenas de uma hipótese **retroativa** de celebração de acordo de não persecução penal, por razões **excepcionais**, como as seis descritas alhures. Vale lembrar que o **acordo de penas** no interior do processo-crime, chamado por muitos de “*plea bargaining* brasileiro”, apesar de contemplado pelo Projeto Anticrime, ficou **rejeitado** pelo Congresso Nacional.

Outrossim, na hipótese de a proposta de acordo de não persecução penal ter sido **rejeitada** pelo investigado (ou, excepcionalmente, pelo acusado), é **vedado** a esse mesmo imputado, posteriormente, ao não ver melhor sorte para si no curso do processo-crime (absolvição sumária não reconhecida, *habeas corpus* não concedido, etc.), invocar o benefício do acordo de não continuidade da persecução penal. Como dito, o acordo de não continuidade é **excepcional**, e não **arbitrário**, quer dizer, o imputado não pode lançar mão do acordo sempre que lhe aprouver. Lembre-se que, regra geral, vige o princípio da **indisponibilidade** da ação penal pública, previsto nos artigos 42 e 576 do CPP, ou seja, o Ministério Público não pode **desistir** da ação penal ajuizada ou do recurso que haja interposto.

Bem ainda, caso o juiz **rejeite** o acordo de não continuidade, **não** será possível atravessar **recurso em sentido estrito**, como que por analogia ao artigo 581, XXV, do CPP¹¹⁰. É que o rol ali previsto é *numerus clausus* (fechado), logo, deve o interessado fazer uso do recurso de **apelação**, à semelhança, inclusive, do que ocorre na transação penal (artigo 76, § 5º, da Lei dos Juizados Especiais Criminais¹¹¹).

Por fim, aplicando-se analogicamente a Tese 5 da Jurisprudência em Teses n.º 96 do STJ, defendemos que, face a preclusão, o acordo de não continuidade da persecução penal não pode ser proposto após a prolação de eventual sentença penal condenatória.

2.10 O acordo de não representação infracional

Compulsando o Estatuto da Criança e do Adolescente, à luz da doutrina especializada de Guilherme Freire de Melo Barros (2016, p. 235), notamos que a **representação** (1) é a peça inicial para instauração de processo judicial em face do adolescente e (2) equivale à denúncia no processo criminal, razão por que deve conter o resumo dos fatos, a classificação do ato infracional e rol de testemunhas, se necessário (artigo 182, § 1º, do ECA¹¹²).

Válter Kenji Ishida (2015, p. 462) também vê alguma **similitude formal** entre a denúncia e a representação infracional: “Na hipótese de não oferecer o arquivamento ou a remissão, o membro do Ministério Público oferecerá representação contra o adolescente”. Segundo o autor, “**Tal como a denúncia no procedimento criminal**, a representação deve conter o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional, arrolando as testemunhas” (negrito).

É verdade que os fins do processo penal **não guardam relação direta** com os objetivos dos processos judiciais socioeducativos. Na infância e juventude, predomina a **apuração** do ato infracional e a aplicação de medidas menos ou mais rigorosas (meio aberto e meio fechado, respectivamente), sem ostentarem, contudo, um viés **retributivo** – ao menos de modo **declarado**.

Nada obstante as **diferenças finalísticas** acima, veja-se que, nos termos do artigo 152 do ECA, aos procedimentos ali regulados aplicam-se subsidiariamente as normas gerais previstas na legislação processual pertinente. No caso do ato infracional, o procedimento subsidiariamente adotado é o do **Código de Processo Penal** (ISHIDA, 2015, p. 400).

Diante disso, questiona-se: em sede de apuração de **atos infracionais**, o ECA, especialmente o seu artigo 152 (que empresta subsidiariamente normas do CPP), admite a **aplicação analógica** do acordo de não persecução penal previsto no artigo 28-A do CPP?

Embora esse tema ainda não possua nenhum desenvolvimento doutrinário conhecido, os princípios norteadores do ECA nos permitem oferecer nesta obra uma resposta inicial: **sim**, o artigo 28 do CPP pode ser aplicado analogicamente ao ECA quanto à apuração de atos infracionais, sobretudo para evitar a aplicação de medida em meio fechado. A esse fenômeno sugerimos a seguinte nomenclatura: **acordo de não representação**

infracional.

É consabido que a adoção de **métodos consensuais**, alternativos à fórmula tradicional de solução de conflitos, já é uma **realidade** no sistema de justiça. Por todos, vide o Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa recentemente elaborado pelo CNJ (2019, p. 11). Isso ocorre já há bastante tempo porque a **apuração de atos infracionais**, embora regida por procedimento próprio do ECA, (1) produz a **estigmatização** e a **institucionalização** do adolescente, (2) ocorre via **imposição** de medidas (logo, não há consensualidade) e (3) possui, ainda que ligeiramente, um **viés retributivo não declarado**.

Dessa forma, a justiça restaurativa, uma das quatro principais espécies de **tratamento adequado do conflito**, ao lado da negociação, da mediação e da arbitragem, surge como uma interessante alternativa ao atual procedimento **apuratório de atos infracionais**. Daí porque uma outra alternativa pode ser o uso da **negociação**, sobretudo para **evitar** a **institucionalização** do adolescente, isto é, a imposição de medidas em **meio fechado** (semiliberdade e internação).

Por óbvio, o uso da **negociação** – gênero do qual faz parte o acordo de não persecução penal (ou, no presente caso, o **acordo de não representação infracional**) – apenas pode ser admitido se, de fato, vier a respeitar os princípios basilares do ECA. Podemos exigir, então, **quatro testes principiológicos** à validade do acordo de não representação infracional.

O primeiro deles é o **princípio do melhor interesse**. Na lição de Guilherme Freire de Melo Barros (2016, p. 21–22):

Esse postulado traduz a ideia de que, na análise do caso concreto, o aplicador do direito – leia-se advogado, defensor público, promotor de justiça e juiz – deve buscar a solução que proporcione o maior benefício possível para a criança ou adolescente, que dê maior concretude aos seus direitos fundamentais.

Por certo, evitar a **estigmatização** e a **institucionalização**, estimular a consensualidade (e não a imposição de medidas) e eliminar o viés retributivo não declarado do processo socioeducativo **concretizam o princípio do melhor interesse**.

O segundo princípio a ser testado aqui é o da **brevidade** (artigo 35, V, da Lei n.º 12.594/2012¹³), segundo o qual as medidas socioeducativas – não apenas a internação – só podem ser impostas durante um período curto.

Guilherme Freire de Melo Barros (2016, p. 173) leciona que esse período deve ser aquele **estritamente necessário** para que o adolescente reflita sobre a gravidade de suas ações e comece a ressocializar-se. O autor destaca que, tão logo se verifique avanço em sua formação pessoal, a medida socioeducativa aplicada deve ser **substituída** por outra menos gravosa ou mesmo **encerrado** seu cumprimento.

O terceiro princípio é o da **excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas** (artigo 35, II, da Lei n.º 12.594/2012¹¹⁴), que busca priorizar a adoção de meios de autocomposição de conflitos em sede de apuração de atos infracionais.

Por fim, o quarto princípio, especialmente ligado à internação, é o do **respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento** (artigo 121, *caput*, do ECA¹¹⁵), a defender que o objetivo do ECA é o resgate da **cidadania** do adolescente e a sua **ressocialização**, sem o propósito punitivo da pena aplicada a pessoas maiores capazes (ISHIDA, 2015, p. 307).

A exposição acima leva o intérprete a concluir que a **evitação** de representações por atos infracionais de média gravidade, sobretudo aquelas capazes de levar o adolescente à **institucionalização**, pode servir ao princípio do melhor interesse, resguardando, com isso, o seu direito fundamental à liberdade de locomoção. Naturalmente, o princípio do respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento também será atendido, diante da primazia do resgate da cidadania do adolescente e a sua ressocialização. Por fim, serão igualmente respeitados o princípio da brevidade e o da excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas.

Portanto, **vencidos os quatro testes principiológicos** acima, entendemos que **sim**, o artigo 28 do CPP pode ser aplicado analogicamente ao ECA, no que pertine à apuração de atos infracionais, especialmente aqueles capazes de **institucionalizar** o adolescente.

Ressalte-se que, embora o ECA já conte com o instituto da **remissão**, o acordo busca evitar a representação, a qual tem lugar quando **não** for hipótese ou **remissão**, como preceitua o artigo 182, *caput*, do ECA. Em outras palavras, a remissão não cumpre o papel que o acordo de não representação infracional pode desempenhar, porque este é aplicável a atos infracionais de média gravidade, inclusive tendentes à institucionalização do adolescente, casos em que uma ou mais remissões não produziriam efeito algum. A nosso ver, os casos de remissão e de acordo não se sobrepõem. Por exemplo, após

uma ou duas remissões ineficazes, provavelmente será o caso de representação infracional contra determinado adolescente, oportunidade em que, para evitar a ação socioeducativa, o membro do Ministério Público poderá lançar mão do acordo de não representação infracional.

2.11 O acordo de não persecução penal adesivo ou bifurcado

Imagine o **concurso** entre um crime de ação penal pública (e. g., embriaguez ao volante) e um delito de ação penal privada (p. ex.: injúria simples). A legitimação ativa para perseguir em juízo esse caso penal será concomitante entre o Ministério Público e o querelante ou apenas de um deles?

Observe-se que tanto o querelante **não** poderá subtrair a legitimidade ativa do Ministério Público¹¹⁶, por força do artigo 129, I, da CRFB, que atribui a este o *Anklagemonopol* (monopólio da ação penal pública), quanto o *Parquet* **não** poderá sub-rogar a legitimidade ativa daquele (artigo 30 do CPP¹¹⁷), inclusive porque o ajuizamento de queixa é um **direito potestativo** da vítima ou de seu representante (sujeito ao prazo decadencial previsto no artigo 38 do CPP¹¹⁸).

Dito isso, prevalece amplamente que duas iniciais acusatórias, a saber, uma **denúncia** e uma **queixa**, deverão ser ajuizadas nos mesmos autos, formando-se, pois, um **litisconsórcio ativo** entre o *Parquet* e o querelante. A esse fenômeno processual dá-se o nome de **ação penal adesiva**, em referência a uma suposta “adesão” da **queixa** à **denúncia** promovida pelo Ministério Público.

Atenção:

Tecnicamente, **não** há **adesão** alguma (ao contrário do que ocorre no litisconsórcio ativo do processo civil). Há, sim, uma **bifurcação** da narrativa fática e da consequente *persecutio criminis in judicio*, em respeito às já mencionadas regras constitucionais e legais de legitimidade ativa no processo penal. Como o fato “A” apenas poderá ser perseguido em juízo pelo legitimado “X”, e o fato “B”, pelo legitimado “Y”, e dada a conexão ou continência entre “A” e “B”, forma-se o **litisconsórcio ativo**. Portanto, não há **adesão**, e sim **bifurcação** da persecução penal, em um único processo-crime.

Esse **litisconsórcio ativo** pode ser classificado também como: (1) **simples** (e não **unitário**), pois o magistrado não estará obrigado a decidir de forma idêntica para os litisconsortes; (2) **facultativo** (e não **obrigatório**), porquanto a atuação do querelante **não é cogente**; e (3) **posterior** (e não **inicial**), porque surge no curso do processo-crime.

As considerações feitas até o momento permitem formar **duas** conclusões acerca do acordo de não persecução penal em hipóteses de **litisconsórcio ativo** entre o *Parquet* e o querelante.

Situação n.º 1: **o crime de ação penal pública admite acordo, assim como o delito de ação penal privada**. Nessa **rara**¹¹⁹ hipótese de legitimidade ativa do querelante para propor acordo de não persecução penal, ele e o membro do Ministério Público deverão oferecer ao imputado propostas **separadas** de acordo. A esse acordo proposto pelo querelante sugerimos a seguinte taxonomia: **acordo de não persecução penal adesivo**, em alusão à consagrada expressão “ação penal adesiva” – embora, a nosso ver, mais **coerentes** seriam as expressões “acordo de não persecução penal bifurcado” e “ação penal bifurcada”, respectivamente.

Situação n.º 2: **o crime de ação penal pública admite acordo, enquanto o delito de ação penal privada, não, e vice-versa**. Nesse caso, um legitimado oferecerá ao imputado proposta de acordo de não persecução penal, ao passo que o outro legitimado ajuizará ação penal.

- 85 Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.
- 86 Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.
- 87 Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...] § 4º Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: [...].
- 88 Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência.
- 89 Art. 16. A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.
- 90 Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. [...] § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no *caput*, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal.
- 91 Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.
- 92 Antes de receber a queixa, o juiz oferecerá às partes oportunidade para se reconciliarem, fazendo-as comparecer em juízo e ouvindo-as, separadamente, sem a presença dos seus advogados, não se lavrando termo.
- 93 Na verdade, há alguma semelhança entre o *nolo contendere* italiano e a figura da transação penal.
- 94 Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: [...] II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal.
- 95 Considerandos da Resolução n.º 181/2017 do CNMP.
- 96 De acordo com o CNJ (2019, p. 80), no relatório “Justiça em Números”, ano-base 2018, a produtividade do Judiciário apontou um crescimento acumulado de 36,8%, nos últimos dez anos.
- 97 Houve um período de suspensão do processo e do curso do prazo prescricional (artigo 366 do CPP).
- 98 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXXVIII - a todos, no âmbito

judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

- 99 Para um maior aprofundamento do estudo do Estado de Coisas Inconstitucional e uma visão crítica acerca da sua importação, vale referir as considerações de Breno Baía Magalhães (2019, p. 4), para quem “o ECI não representou a tábua de salvação para os problemas estruturais daquele país [Colômbia], além de contar com importantes opositores no campo acadêmico e ter falhado na prática, dado os tímidos resultados observados [...]. No campo da superlotação carcerária, por exemplo, o instrumento fracassou espetacularmente”.
- 100 Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.
- 101 A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.
- 102 Art. 130-A. O Conselho Nacional do Ministério Público compõe-se de quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal, para um mandato de dois anos, admitida uma recondução, sendo: [...] § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.
- 103 Art. 96. Compete privativamente: I - aos tribunais: a) eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos.
- 104 Artigo 7. Direito à liberdade pessoal [...] 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.
- 105 Art. 7º O primeiro artigo do texto indicará o objeto da lei e o respectivo âmbito de aplicação, observados os seguintes princípios: I - excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto.
- 106 XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.
- 107 Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. § 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei.
- 108 Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.
- 109 É o chamado aditamento espontâneo. Contudo, discordando o *Parquet*, o juiz deverá submeter os autos à revisão ministerial superior, hipótese conhecida como aditamento provocado (artigo 384, § 1º, do CPP).
- 110 Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença: [...] XXV - que recusar homologação à proposta de acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A desta Lei.
- 111 § 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

- 112 A representação será oferecida por petição, que conterá o breve resumo dos fatos e a classificação do ato infracional e, quando necessário, o rol de testemunhas, podendo ser deduzida oralmente, em sessão diária instalada pela autoridade judiciária.
- 113 Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: [...] V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).
- 114 Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios: [...] II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos.
- 115 Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.
- 116 Não confundir com a ação penal privada subsidiária da pública. Aqui, a constituição brasileira apenas faculta ao ofendido a deflagração da persecução penal em juízo nos casos de inércia ministerial (artigo 5º, LIX), mas a titularidade da ação penal continua a ser do Ministério Público. Em outras palavras, a ação penal privada subsidiária da pública permanece uma ação penal pública.
- 117 Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada.
- 118 Art. 38. Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá no direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.
- 119 Vide o crime de calúnia mediante paga (artigo 138 do Código Penal c/c o artigo 141, § 1º, também do Código Penal), que se procede mediante queixa (artigo 145 do Código Penal). Tal como ocorre na transação penal (STJ, RHC n.º 102.381/BA), defendemos a possibilidade de o querelante oferecer acordo de não persecução penal.

3 Roteiro de atuação e modelos digitais para membros do MP, Judiciário, OAB e Defensoria Pública

Vencidos os capítulos anteriores, é chegada a hora de realizar acordos de não persecução penal. Como dito alhures, a sistemática conta, **necessariamente**, com a interação entre membros do Ministério Público, da OAB ou da Defensoria Pública e do Poder Judiciário.

Diante disso, o propósito do presente capítulo é traçar um roteiro de atuação para tais agentes, na forma de **passo-a-passo**, oferecendo **modelos** físicos e digitais de peças e decisões judiciais aplicáveis à novel sistemática do acordo de não persecução penal.

Em nome da **objetividade**, e por serem expedientes **comuns**, isto é, sem maiores especificidades, não se vê necessidade de fornecer modelos de (1) denúncia em caso de descumprimento injustificado do acordo de não persecução penal e (2) recurso em sentido estrito nas hipóteses de recusa judicial à homologação da avença.

Por fim, o último tópico deste capítulo apresentará um **fluxograma**, isto é, a demonstração gráfica das **principais** etapas possíveis de serem executadas em acordos de não persecução penal.

3.1 Primeiro passo

O primeiro passo é dirigido ao membro do Ministério Público e consiste em analisar quais procedimentos investigativos (especialmente IPLs e PICs), em gabinete, preenchem os requisitos negativos previstos no artigo 28-A do CPP, exceto, nesse primeiro momento, aquele previsto no § 2º, II, e o do arquivamento.

Após a identificação e reunião dos procedimentos investigativos que, em tese, admitem o acordo de não persecução penal, é o momento de solicitar à secretaria da unidade judiciária (vara) a **folha atualizada de antecedentes criminais** de cada investigado, para análise do requisito negativo previsto no § 2º, II.

Para uma compreensão mais organizada das vedações ao presente acordo, *vide* a Tabela de Vedações contida no capítulo 1, a qual também pode ser visualizada digitalmente em minha página no *Academia.edu*, arquivo “1-Tabela de Vedações”, que pode ser acessado por meio do *link* www.mauromessias.academia.edu. O arquivo possui formato editável, para eventuais acréscimos desejados pelo leitor.

3.2 Segundo passo

O segundo passo também concerne ao membro do Ministério Público. Agora, em cada um dos procedimentos investigativos selecionados a partir da triagem acima, deve-se perquirir se há **justa causa** para a propositura da ação penal.

Se não houver justa causa, isto é, formada a *opinio delicti* negativa, o membro do *Parquet* **deve** promover o **arquivamento** do feito (artigo 28-A, *caput*, do CPP).

Contudo, havendo justa causa para a ação penal, a secretaria ministerial deve contatar o investigado por qualquer meio idôneo, **convidando-o** a comparecer ao Ministério Público, em dia e hora previamente agendados, para a realização de audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal, necessariamente acompanhado de advogado ou defensor público.

O modelo de convite/notificação pessoal do investigado pode ser visualizado abaixo ou, digitalmente, em minha página no *Academia.edu*, arquivo “2-Convite para audiência”, que pode ser acessado por meio do *link* www.mauromessias.academia.edu. O arquivo possui formato editável, para eventuais acréscimos desejados pelo leitor.

CONVITE

AUDIÊNCIA EXTRAJUDICIAL – ACORDO DE NÃO
PERSECUÇÃO PENAL

NOTIFICAÇÃO N.º [identificação interna feita pela unidade do MP]

AUTOS N.º [identificação do procedimento]

ORIGEM: [Instituição que fez a investigação]

CONVIDADO: [qualificação do convidado, endereço, telefone, e-mail]

Pela presente, fica Vossa Senhoria CONVIDADA a comparecer a esta unidade ministerial, localizada na [endereço], no dia [data], às [horário], munida de documentos pessoais e comprovante de endereço, para, patrocinada por advogado ou assistida por defensor público, tratar de situação consensual possivelmente de vosso interesse, nos termos do artigo 28-A do CPP, que cuida do acordo de não persecução penal.

[Local], [data].

[Nome do membro do Ministério Público]

[Cargo]

Recebido pelo convidado em ____/____/____

Assinatura do convidado _____

Assinatura do responsável pela entrega _____

3.3 Terceiro passo

O terceiro passo é dirigido ao membro da OAB ou da Defensoria Pública e consiste na orientação e defesa técnica do investigado, perante a proposta ministerial de não denúncia.

Como já analisado no primeiro capítulo, o acesso aos autos investigativos pelos membros da OAB e da Defensoria Pública (1) é **cogente**, (2) permite analisar se o membro do Ministério Público, ao propor um acordo, possui a seu dispor material investigativo dotado de **justa causa** para a ação penal pública, e (3) garante a orientação ao investigado acerca da **melhor opção defensiva** para ele, seja a consensual, seja a processual, alertando-o não apenas sobre as **vantagens** do cumprimento da avença, mas, igualmente, acerca das consequências de seu descumprimento **injustificado**.

Caso o *Parquet* não tenha formulado nenhum convite de acordo e o membro da OAB ou da Defensoria Pública verifique a possibilidade da avença, **é possível à defesa técnica atravessar petição nos autos do procedimento investigativo**, requerendo a marcação de audiência de acordo de não persecução penal, diante do preenchimento dos requisitos negativos previstos no artigo 28-A do CPP.

O modelo de petição de marcação de audiência de acordo de não persecução penal pode ser visualizado abaixo ou, digitalmente, em minha página no *Academia.edu*, arquivo “3-Petição de marcação de audiência”, que pode ser acessado por meio do *link* www.mauromessias.academia.edu. O arquivo possui formato editável, para eventuais acréscimos desejados pelo leitor.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO [ESPECIFICAR A UNIDADE MINISTERIAL] [caso o procedimento investigativo esteja em trâmite no Ministério Público] ou EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ [ESPECIFICAR A UNIDADE JUDICIÁRIA] [caso o procedimento investigativo esteja em trâmite no Judiciário]

AUTOS N.º [identificação do procedimento]

[Qualificação do investigado, endereço, telefone e e-mail], vem, perante Vossa Excelência, expor e requerer o seguinte: Compulsando os autos investigativos, devidamente relatados pela autoridade policial, que atribui a [Nome do investigado] a prática de [breve exposição dos fatos], verifica-se que o caso em análise preenche, em tese, os requisitos negativos previstos no artigo 28-A do CPP, sendo cabível, pois, a celebração de acordo de não persecução penal entre o Ministério Público e o investigado em epígrafe.

Diante disso, requer-se a Vossa Excelência a marcação de audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal. [caso o procedimento investigativo esteja em trâmite no Ministério Público] ou Diante disso, requer-se a Vossa Excelência a remessa dos autos ao Ministério Público, para análise do caso e eventual marcação de audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal. [caso o procedimento investigativo esteja em trâmite no Judiciário]

P. deferimento,

[Local], [data].

[Nome do membro da OAB ou da Defensoria Pública]

[Cargo]

3.4 Quarto passo

O quarto passo é dirigido à vítima, que, **necessariamente**, deve ser contemplada pelo acordo de não persecução penal. Embora o artigo 28-A, § 9º, do CPP determine que a vítima receba **apenas** uma intimação acerca da **homologação judicial** da avença, é **fortemente** recomendável ouvir o ofendido **previamente** às tratativas, especialmente para quantificar o seu interesse reparatório.

O modelo de convite/notificação pessoal da vítima pode ser visualizado abaixo ou, digitalmente, em minha página no *Academia.edu*, arquivo “4-Convite à vítima”, que pode ser acessado por meio do *link* www.mauromessias.academia.edu. O arquivo possui formato editável, para eventuais acréscimos desejados pelo leitor.

CONVITE

CONSULTA À VÍTIMA – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

NOTIFICAÇÃO N.º [identificação interna feita pela unidade do MP]

AUTOS N.º [identificação do procedimento]

ORIGEM: [Instituição que fez a investigação]

CONVIDADO: [qualificação da vítima, endereço, telefone, e-mail]

Pela presente, fica Vossa Senhoria CONVIDADA a comparecer a esta unidade ministerial, localizada na [endereço], no dia [data], às [horário], munida de documentos pessoais e comprovante de endereço, para, nos termos do artigo 28-A do CPP, que cuida do acordo de não persecução penal, ser ouvida e manifestar-se acerca dos danos sofridos por ocasião do fatos apurados no procedimento em epígrafe.

[Local], [data].

[Nome do membro do Ministério Público]

[Cargo]

Recebido pelo convidado em ____/____/____

Assinatura do convidado _____

Assinatura do responsável pela entrega _____

Todavia, na remota hipótese de a vítima **não ser contemplada** adequadamente pelo acordo, faculta-se a ela atravessar petição simples à autoridade judicial, requerendo a **não homologação** da tratativa. Afinal, nos termos do artigo 17, *caput*, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, o membro do Ministério Público **deve** tomar todas as medidas necessárias para a reparação dos eventuais danos sofridos pela vítima.

O modelo de petição da vítima requerendo a não homologação de acordo de não persecução penal pode ser visualizado abaixo ou, digitalmente, em minha página no *Academia.edu*, arquivo “5-Petição da vítima requerendo a não homologação”, que pode ser acessado por meio do *link* www.mauromessias.academia.edu. O arquivo possui formato editável, para eventuais acréscimos desejados pelo leitor.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ [ESPECIFICAR A UNIDADE JUDICIÁRIA]

AUTOS N.º [identificação do procedimento]

[Qualificação da vítima, endereço, telefone e e-mail], vem, por seu [advogado ou defensor público] assinado ao fim, expor e requerer a Vossa Excelência o seguinte:

Compulsando os autos investigativos, devidamente relatados pela autoridade policial, que atribui a [Nome do investigado] a prática de [breve exposição dos fatos], verifica-se que o membro do Ministério Público e o investigado celebraram o termo de acordo de não persecução penal n.º [identificação do procedimento], mediante as seguintes condições: [expor as condições indicadas na avença].

Todavia, apesar de o CNMP determinar ao membro do Ministério Público a adoção de todas as medidas necessárias para a reparação dos eventuais danos sofridos pela vítima, conforme o artigo 17, caput, da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, o peticionante em tela não foi contemplado adequadamente pelo acordo, sequer tendo sido consultado pelo Ministério Público acerca de seu interesse reparatório.

Ante o exposto, requer-se a Vossa Excelência a não homologação do acordo de não persecução penal n.º [identificação do procedimento], diante da inobservância ao artigo 28-A, I, do CPP.

P. deferimento,

[Local], [data].

[Nome do membro da OAB ou da Defensoria Pública]

[Cargo]

3.5 Quinto passo

O quinto passo é compartilhado entre o *Parquet* e a defesa técnica e consiste na realização da audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal. Nada impede que a vítima participe da audiência extrajudicial de acordo de não persecução penal.

O modelo de minuta do termo de acordo de não persecução penal pode ser visualizado abaixo ou, digitalmente, em minha página no *Academia.edu*, arquivo “6-Minuta do termo de acordo”, que pode ser acessado por meio do *link* www.mauromessias.academia.edu. O arquivo possui formato editável, para eventuais acréscimos desejados pelo leitor.

TERMO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

AUTOS N.º [identificação do procedimento]

ORIGEM: [Instituição que fez a investigação]

ACORDANTE: [Nome do acordante]

ACORDO N.º [identificação interna feita pela unidade do Ministério Público]

O MINISTÉRIO PÚBLICO [especificar a unidade ministerial], por meio [identificar a autoridade ministerial subscritora], no uso de suas atribuições constitucionais e legais, sobretudo aquela prevista no artigo 28-A do CPP, e [Qualificação do acordante, endereço, telefone e e-mail], doravante denominado ACORDANTE, devidamente acompanhado por seu [advogado ou defensor público], Dr. [Nome do membro da OAB ou da Defensoria Pública], o quais também subscrevem o presente Termo, CONSIDERANDO que o Ministério Público é o titular da ação penal pública, nos termos do art. 129, I, da Constituição da República Federativa do Brasil; CONSIDERANDO os termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, instituído pela Lei nº 13.964/2019, que regulamenta o acordo de não persecução penal;

CONSIDERANDO que o acordo de não persecução penal é um instrumento de consensualidade político-criminal ligado ao princípio da oportunidade da ação penal pública, em favor da economia processual e da celeridade na realização da justiça, inclusive reduzindo os gastos públicos, a carga desumana de trabalho e a demora inerentes à tramitação de processos penais no Poder Judiciário; CONSIDERANDO, por fim, que o objeto do presente acordo não incorre em nenhuma das vedações previstas no art. 28-A do CPP; Firmam o presente ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, na forma seguinte: 1 - DO OBJETO

Cláusula n.º 1: O presente acordo tem por objeto [expor os fatos e a sua capitulação jurídica].

2 - DA CONFISSÃO E DAS TRATATIVAS DO ACORDO

Cláusula n.º 2: Conforme gravação audiovisual em anexo, o ACORDANTE, acompanhado de seu defensor, confessa circunstanciadamente a prática do delito narrado na cláusula n.º 1.

Cláusula n.º 3: Realizado o acordo, os autos serão submetidos à apreciação judicial, valendo esclarecer que a celebração do acordo não justifica o ajuizamento de ação penal privada subsidiária da pública, uma vez que, segundo o STF, “o pressuposto dessa ação penal é a inércia do MP” (RE n.º 274115 AgR), e, longe de ser uma omissão, o acordo constitui um claro impulso e atuação resolutiva do Ministério Público.

3 - DAS CONDIÇÕES A SEREM CUMPRIDAS PELO ACORDANTE

Cláusula n.º 4: O ACORDANTE obriga-se, no prazo de [indicar o prazo], a reparar o dano ou restituir a coisa à vítima (artigo 28-A, I, do CPP), consistente em [descrever a reparação ou a restituição].

Cláusula n.º 5: O ACORDANTE renuncia voluntariamente aos seguintes bens e direitos indicados como instrumentos, produto ou proveito do crime (artigo 28-A, II, do CPP): [descrever os bens e direitos].

Cláusula n.º 6: O ACORDANTE obriga-se, no prazo de [indicar o prazo], a prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas, em local a ser indicado pelo juízo das medidas alternativas (art. 28-A, III, do CPP), pelo período de [indicar o número de meses da prestação, em período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços], à razão de [indicar o número de horas por semana].

Cláusula n.º 8: O ACORDANTE obriga-se, de imediato, a renunciar voluntariamente ao valor pago a título de fiança (art. 28-A, V, do CPP).

Cláusula n.º 9: O ACORDANTE obriga-se, pelo período de [indicar o período], a comparecer mensalmente ao juízo das medidas alternativas, a fim de justificar as suas atividades profissionais, apresentando demonstrativo dos serviços realizados (art. 28-A, V, do CPP).

Cláusula n.º 10: O ACORDANTE obriga-se, no prazo de [indicar o prazo para início], a cumprir [outra condição pactuada, desde que proporcional e compatível com a infração penal em análise] (art. 28-A, V, do CPP).

4 - DOS DEVERES DO ACORDANTE

Cláusula n.º 11: O ACORDANTE obriga-se a comunicar ao juízo das medidas alternativas eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail.

Cláusula n.º 12: O ACORDANTE obriga-se a comprovar perante o juízo das medidas alternativas, até o dia 15 de cada mês, o cumprimento das condições pactuadas, independentemente de nova intimação para tanto.

Cláusula n.º 13: Intimado do descumprimento de quaisquer das condições pactuadas, o ACORDANTE obriga-se a apresentar justificativa, no prazo de 5 (cinco) dias, cuja falta ou insuficiência levará o MINISTÉRIO PÚBLICO a promover perante o juízo das medidas alternativas a rescisão acordo.

Cláusula n.º 14: O ACORDANTE aceita ser intimado pelo [aplicativo de mensagem e/ou e-mail] indicado em sua qualificação.

5 - DOS DEVERES DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

Cláusula n.º 15: Cumpridas integralmente as condições e deveres previstos neste termo, o MINISTÉRIO PÚBLICO obriga-se a promover a extinção da punibilidade do ACORDANTE.

6 - DAS CONSEQUÊNCIAS DO EVENTUAL DESCUMPRIMENTO INJUSTIFICADO DO ACORDO

Cláusula n.º 16: Descumpridas injustificadamente quaisquer das condições e deveres previstos nos capítulos 3 e 4, o MINISTÉRIO PÚBLICO comunicará ao juízo, para fins de rescisão do acordo, intimação à vítima e posterior oferecimento de denúncia (art. 28-A, § 10, do CPP).

Cláusula n.º 17: O descumprimento injustificado acima também poderá ser utilizado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

7 - DA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO

Cláusula n.º 18: O MINISTÉRIO PÚBLICO submeterá o presente termo de acordo e anexos à apreciação do juízo, para fins de homologação.

Cláusula n.º 19: Homologado o acordo, retornarão os autos ao MINISTÉRIO PÚBLICO, para que provoque o seu cumprimento perante o juízo das medidas alternativas.

Cláusula n.º 20: O cumprimento pelo ACORDANTE das condições livremente assumidas deverá ter início após a sua intimação pelo juízo das medidas alternativas.

Cláusula n.º 21: Caso não homologado o acordo, as provas autoincriminatórias produzidas pelo ACORDANTE não poderão ser utilizadas em seu desfavor.

8 - DECLARAÇÕES DO ACORDANTE

Cláusula n.º 22: O ACORDANTE declara que foi orientado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO acerca de seus direitos e garantias e que as informações prestadas neste acordo são verdadeiras e precisas, de modo que declarações ou informações falsas serão consideradas descumprimento à presente avença.

Cláusula n.º 23: O ACORDANTE, acompanhado e orientado por seu [advogado ou defensor público], declara, de livre e espontânea vontade, a sua aceitação ao presente acordo.

E por estarem em consonância, os acordantes firmam o presente termo, em três vias de igual forma, teor e valor jurídico.

[Local], [data].

[Nome do membro do Ministério Público]

[Cargo]

[Nome do acordante]

[Documento de identificação]

[Nome do membro da OAB ou da Defensoria Pública]

[Cargo]

3.6 Sexto passo

Realizada a avença, o membro do Ministério Público, como sexto passo, deve providenciar a remessa dos autos ao juiz das garantias, para apreciação homologatória do acordo em audiência judicial. Participam do ato o investigado, o seu defensor e o membro do *Parquet*. Devem ser remetidos ao Poder Judiciário, mediante petição de juntada, (1) o termo de acordo de não persecução penal, (2) a mídia da audiência extrajudicial e (3) a consulta formulada à vítima acerca da possibilidade de reparação do dano (nos casos de vítima determinada). A petição de juntada requererá a formação de autos apensos e a designação de audiência judicial homologatória do acordo de não persecução penal.

Por outro lado, não havendo acordo, deve ser providenciada a conclusão do feito para a propositura de ação penal pública. Afinal, se o investigado e o Parquet divergirem sobre os fatos ou a sua autoria, a única via possível para a solução do caso será a processual.

O modelo de petição de juntada pode ser visualizado abaixo ou, digitalmente, em minha página no Academia.edu, arquivo “7-Petição de juntada”, que pode ser acessado por meio do link www.mauromessias.academia.edu. O arquivo possui formato editável, para eventuais acréscimos desejados pelo leitor.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO [ESPECIFICAR A UNIDADE JUDICIÁRIA]

AUTOS N.º [identificação do procedimento]

ORIGEM: [Instituição que fez a investigação]

ACORDANTE: [Nome do acordante]

ACORDO N.º [identificação interna feita pela unidade do MP]

O MINISTÉRIO PÚBLICO [especificar a unidade ministerial], no uso de suas atribuições constitucionais e legais, vem, nos termos do artigo 28-A do CPP, expor e requerer o seguinte: Conforme documentos em anexo, este órgão ministerial celebrou acordo de não persecução penal nos autos em epígrafe, cuja homologação deve ser feita em juízo. Para tanto, o MINISTÉRIO PÚBLICO requer: 1-A designação de audiência judicial para homologação do termo de acordo de não persecução penal em epígrafe, intimando-se para tanto o acordante, seu [advogado ou defensor público], e o Ministério Público.

2-A abertura de autos apensos, para juntada dos expedientes relativos ao acordo de não persecução penal, com o objetivo de separar os atos inquisitoriais (típicos do inquérito policial e do procedimento investigatório criminal) e os atos consensuais.

2.1-Sucessivamente, a juntada nos autos apensos: 2.1.1-do termo de acordo de não persecução penal n.º [identificação interna feita pela unidade do MP], firmado com o acordante [Nome do acordante], já qualificado; 2.1.2-da mídia que registrou audiovisualmente as tratativas e a confissão, e 2.1.3-da consulta formulada à vítima acerca da possibilidade de reparação do dano [caso haja vítima determinada].

[Local], [data].

[Nome do membro do Ministério Público]

[Cargo]

3.7 Sétimo passo

O sétimo passo é dirigido ao membro do Poder Judiciário e consiste na apreciação judicial homologatória do termo de acordo de não persecução penal, mediante controle da legalidade e voluntariedade da avença.

O modelo de homologação do termo de acordo de não persecução penal, a ser incorporado à ata de audiência de homologação, pode ser visualizado abaixo ou, digitalmente, em minha página no *Academia.edu*, arquivo “8-Homologação do termo de acordo”, que pode ser acessado por meio do *link* www.mauromessias.academia.edu. O arquivo possui formato editável, para eventuais acréscimos desejados pelo leitor.

[Modelo a ser incorporado à ata de audiência de homologação]

Trata-se do termo de acordo do não persecução penal n.º [identificação interna feita pela unidade do Ministério Público], firmado entre o Ministério Público [especificar a unidade ministerial] e o investigado [Nome do investigado].

Os acordantes pactuaram o seguinte: [expor as cláusulas do contrato, que já incluem a narrativa dos fatos]

Embora a negociação se dê entre os acordantes, cabendo a eles o mérito das condições pactuadas, o magistrado não deve, por óbvio, exercer uma função meramente notarial. Em outras palavras, ao juiz não é dada a possibilidade de modificar os termos do acordo, mas, cabe ao magistrado a função de análise da legalidade e da voluntariedade da avença.

Após ouvir o investigado, acompanhado e orientado por seu [advogado ou defensor público], na presença do membro do Ministério Público, este juízo constata a legalidade e a voluntariedade da avença.

A verificação da legalidade consiste no estudo atento, pelo magistrado, (1) dos requisitos negativos previstos no artigo 28-A do CPP, (2) da consulta formulada à vítima acerca de seu interesse reparatório e (3) da cientificação, pelo Ministério Público, dos direitos constitucionais do investigado, mormente à não autoincriminação forçada, ao acompanhamento e orientação por advogado ou defensor público e ao prévio exame dos autos investigativos. Verifico, pois, que o acordo em tela não incorre em nenhuma vedação legal, foi precedido por consulta à vítima e que o investigado foi devidamente advertido de seus direitos e garantias constitucionais.

Por sua vez, a análise da voluntariedade do acordante significa (1) a sua entrevista pessoal em audiência judicial; (2) o exame da ausência de constrangimento, ameaça ou violência por parte do membro do Ministério Público durante a negociação; e (3) a verificação da inteligibilidade do teor da acusação narrada, das condições acordadas e das consequências do cumprimento e descumprimento do acordo. Noto que as tratativas transcorreram sem animosidades, havendo um bom entendimento entre os acordantes, e que o investigado manifestou expressamente integral conhecimento dos fatos imputados a si, das condições pactuadas e das consequências do adimplemento ou inadimplemento da avença.

Ante o exposto, homologo o termo de acordo de não persecução penal n.º [identificação interna feita pela unidade do Ministério Público].

Cientes em audiência os interessados. Intime-se a vítima acerca da homologação deste acordo. Após, remetam-se os autos ao Ministério Público, para deflagrar, perante o juízo das medidas alternativas, o cumprimento das condições livremente assumidas pelo investigado.

[Local], [data].

[Nome do membro do Judiciário]

[Cargo]

Todavia, caso o Poder Judiciário não homologue o acordo, isto é, **recuse** a avença, os autos devem ser devolvidos ao Ministério Público, para que seja reformulada a proposta de acordo, com a concordância do investigado e de

seu defensor. Feita a nova proposta, o juízo poderá recusá-la novamente, hipótese em que os autos serão devolvidos ao Ministério Público, para o oferecimento de denúncia. Nos dois casos, discordando o membro do Ministério Público da recusa judicial, será cabível a interposição de recurso em sentido estrito (artigo 581, XXV, do CPP).

3.8 Oitavo passo

Homologada a avença, a unidade judiciária providenciará a devolução dos autos ao *Parquet*, o qual deverá requerer ao juízo das medidas alternativas a deflagração do o cumprimento, pelo acordante, das condições avençadas.

O modelo de petição para cumprimento das condições do acordo pode ser visualizado abaixo ou, digitalmente, em minha página no *Academia.edu*, arquivo “9-Petição para cumprimento das condições do acordo”, que pode ser acessado por meio do *link* www.mauromessias.academia.edu. O arquivo possui formato editável, para eventuais acréscimos desejados pelo leitor.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DE
MEDIDAS ALTERNATIVAS

AUTOS N.º [identificação do procedimento]

ORIGEM: [Instituição que fez a investigação]

ACORDANTE: [Nome do acordante]

ACORDO N.º [identificação interna feita pela
unidade do MP]

O MINISTÉRIO PÚBLICO [especificar a unidade ministerial], no uso de suas atribuições constitucionais e legais, vem, nos termos do artigo 28-A, § 6º, do CPP, requerer a intimação do acordante [Nome do acordante], para cumprimento voluntário das condições avençadas no acordo de persecução penal em epígrafe.

[Local], [data].

[Nome do membro do Ministério Público]

[Cargo]

3.9 Nono passo

Certificado o cumprimento integral das condições livremente assumidas pelo investigado, o membro do Ministério Público requererá ao juízo das medidas alternativas a devolução dos autos ao juiz das garantias, a fim de que este declare a extinção da punibilidade do acordante.

O modelo de petição de remessa nos casos de acordo integralmente cumprido pode ser visualizado abaixo ou, digitalmente, em minha página no *Academia.edu*, arquivo “10-Petição de remessa (cumprimento)”, que pode ser acessado por meio do *link* www.mauromessias.academia.edu. O arquivo possui formato editável, para eventuais acréscimos desejados pelo leitor.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DE
MEDIDAS ALTERNATIVAS

AUTOS N.º [identificação do procedimento]

ORIGEM: [Instituição que fez a investigação]

ACORDANTE: [Nome do acordante]

ACORDO N.º [identificação interna feita pela
unidade do MP]

O MINISTÉRIO PÚBLICO [especificar a unidade ministerial], no uso de suas atribuições constitucionais e legais, vem, nos termos do artigo 28-A, § 13, do CPP, requerer a remessa dos autos ao juiz das garantias, para os fins de decretação da extinção da punibilidade do acordante, em razão do cumprimento integral das condições avençadas no acordo de persecução penal em epígrafe, conforme certidão da secretaria judiciária.

[Local], [data].

[Nome do membro do Ministério Público]

[Cargo]

Todavia, caso seja certificado o descumprimento injustificado das condições livremente assumidas pelo investigado, o membro do Ministério Público, com fundamento no artigo 28-A, § 10, do CPP, requererá ao juízo das medidas alternativas a devolução dos autos ao juiz das garantias, a fim de

que este rescinda o acordo, intime a vítima (artigo 28-A, § 9º, do CPP) e conceda vista dos autos ao *Parquet*, para oferecimento da ação penal pública.

O modelo de petição de remessa nos casos de acordo descumprido injustificadamente pode ser visualizado abaixo ou, digitalmente, em minha página no *Academia.edu*, arquivo “11-Petição de remessa (descumprimento)”, que pode ser acessado por meio do *link* www.mauromessias.academia.edu. O arquivo possui formato editável, para eventuais acréscimos desejados pelo leitor.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DE
MEDIDAS ALTERNATIVAS

AUTOS N.º [identificação do procedimento]

ORIGEM: [Instituição que fez a investigação]

ACORDANTE: [Nome do acordante]

ACORDO N.º [identificação interna feita pela
unidade do MP]

O MINISTÉRIO PÚBLICO [especificar a unidade ministerial], no uso de suas atribuições constitucionais e legais, vem, nos termos do artigo 28-A, § 10, do CPP, requerer a remessa dos autos ao juiz das garantias, para os fins de (1) rescisão do acordo de não persecução penal em epígrafe, em razão do descumprimento injustificado das condições avençadas, conforme certidão da secretaria judiciária, (2) intimação à vítima (artigo 28-A, § 9º, do CPP) e (3) vista dos autos ao *Parquet* com atribuição naquele juízo, para oferecimento de denúncia.

[Local], [data].

[Nome do membro do Ministério Público]

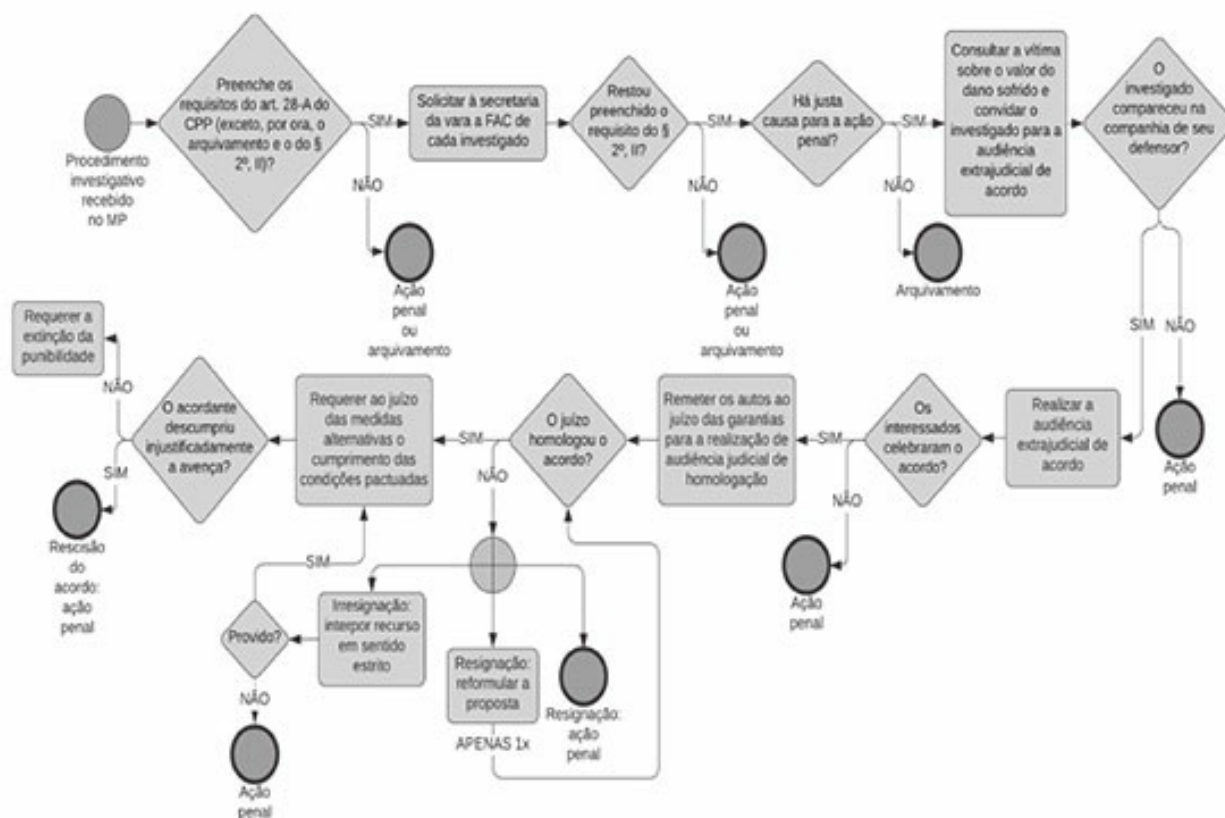
[Cargo]

3.10 Fluxograma

O fluxograma abaixo objetiva (1) sintetizar as **principais** etapas em sede de acordo de não persecução penal e (2) facilitar a sua **visualização gráfica**. Portanto, o fluxograma **não** pretende **minudenciar** cada etapa, sob pena de a sua visualização restar extremamente confusa.

Losangos significam etapas de **decisão**, as quais são representadas por perguntas. Retângulos, por outro lado, significam **tarefas** a serem executadas.

Uma imagem ampliada e girada do **fluxograma** pode ser conferida nos anexos desta obra e, digitalmente, em minha página no Academia.edu, arquivo “12-Fluxograma”, que pode ser acessado por meio do link www.mauromessias.academia.edu Imagem n.º 8 (autoria própria)



Referências

ARLÉ, Danielle de Guimarães Germano. **Mediação, negociação e práticas restaurativas no Ministério Público**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório; COSTA, Rafael de Oliveira. **Direito processual penal coletivo: a tutela penal dos bens jurídicos coletivos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal**. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2004.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal: compilación in memoriam**. Montevideo: Editorial B de F, 2006.

BARROS, Guilherme Freire de Melo. **Estatuto da criança e do adolescente**. Salvador: JusPodivm, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BINDER, Alberto. **Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Princípios da interpretação constitucional**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 104–107.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **O Consenso Processual Penal Analisado a partir de Hipóteses Negociais Colombianas**. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, n. 71, 2019, p. 223–237.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. **Resolução nº 181 do CNMP – artigo 18**. In: ANDRADE, Mauro Fonseca; FISCHER,

Douglas (Organizadores). *Investigação Criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público*. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Legislação criminal especial comentada**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUSATO, Paulo César. **O papel do ministério público no futuro do direito penal brasileiro**. *In*: Revista de Estudos Criminais, v. 2, n. 5, 2002, p. 105–124.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um panorama sobre o acordo de não persecução penal** (art. 18 da Resolução n.º 181/17 do CNMP). *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coordenadores). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 22–48.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). **18º relatório trimestral da Ouvidoria** – abril, maio e junho de 2014. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/04/9a3bbcf4a66>. Acesso em: ago. 2018.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). **Banco Nacional de Monitoramento de Prisões**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em: fev. 2019.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). **Justiça em Números 2019**: ano-base 2018. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pc. Acesso em: dez. 2019.

CNJ (Conselho Nacional de Justiça). **Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa**. Brasília: CNJ, 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a869>. Acesso em: fev. 2020.

COLÔMBIA. **Corte Constitucional da República da Colômbia**: Sentencia T-153/98. Bogotá, 1998. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em dez. 2018.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**: Lei 13.964/2019. Salvador: JusPodivm, 2020.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Brita. **Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o *plea bargain* brasileiro**. Boletim IBCCRIM n.º 317. São Paulo, 2019. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6312-Acordos-de-nao-persecucao-e-de-aplicacao-imediata-de-pena-o-plea-bargain-brasileiro. Acesso em set. 2019.

EUA. **US Senate**: Constitution of the United States. Washington, 1787. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em abr. 2019.

EUA. **US Supreme Court**: Bordenkircher v. Hayes. Washington, 1978. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/434/357/>. Acesso em abr. 2019.

EUA. **US Supreme Court**: Brady v. Maryland. Washington, 1963. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/373/83/>. Acesso em abr. 2019.

EUA. **US Supreme Court**: Garza v. Idaho. Washington, 2019. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/586/17-1026/>. Acesso em fev. 2020.

EUA. **US Supreme Court**: Hudson v. United States. Washington, 1926. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/272/451/>. Acesso em mar. 2020.

EUA. **US Supreme Court**: Miranda v. Arizona. Washington, 1966. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>. Acesso em abr. 2019.

EUA. **US Supreme Court**: United States v. Agurs. Washington, 1976. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/427/97/>. Acesso em mar. 2020.

FBSP (Fórum Brasileiro de Segurança Pública). **Visível e invisível: a vitimização de mulheres no Brasil**. São Paulo: FBSP, 2019. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/02/Infogra%CC%81fico-vis%C3%ADvel-e-invis%C3%ADvel-2.pdf>. Acesso em abr. 2019.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Sobre os sujeitos processuais no novo código de processo penal**. In: Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal. Coimbra: Almedina, 1988, pp. 3–34.

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões**. Tradução Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: RT, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de direito penal e processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GRECO, Rogério. **Sistema prisional: colapso atual e soluções alternativas**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Niterói: Impetus, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flavio; GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. **Juizados especiais criminais: comentários à lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed. São Paulo: RT, 2005.

HOFFMANN, Henrique; HABIB, Gabriel; COSTA, Adriano Sousa. **Acordo de não persecução penal também precisa ser feito pelo delegado**. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/academia-policial-acordo-nao-persecucao-penal-tambem-feito-delegado?imprimir=1>. Acesso em fev. 2020.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente**. 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2015.

INFOPEN (Levantamento de Informações Penitenciárias). **Infopen Mulheres**. Brasília, 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf/view>. Acesso em: fev. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: RT, 2015.

LOPES JR., Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”:** remédio ou veneno? Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em abr. 2019.

MAGALHÃES, Breno Baía. **A incrível doutrina de um caso só:** análise do estado de coisas inconstitucional na ADPF 347. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 14, n. 3, e32760, set./dez. 2019. ISSN 19813694. DOI: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369432760>. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/32760>. Acesso em: fev. 2020.

MASSON, Cleber. **Código Penal comentado**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentário ao artigo 5º, § 3º**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1113-1124.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl., v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

PASSO CABRAL, Antonio. **As convenções processuais e sua celebração pelo Ministério Público**. In: ALMEIDA, Gregório Assagra de; CAMBI, Eduardo; MOREIRA, Jairo Cruz (Organizadores). Ministério Público, constituição e acesso à justiça: abordagens institucional, cível, coletiva e penal da atuação do Ministério Público. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 719-737.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. **Ação Civil Pública e o Dano Moral Coletivo**. Revista dos Tribunais. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n.º 25, jan./mar., 1998, p. 80–98.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. **Strafverfahrensrecht**. 27. ed. München: Beck, 2012.

SADEK, Maria Teresa. **A construção de um novo Ministério Público resolutivo**. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, n.12, p. 130–139, jan./jun., 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global**. Tradução Mariana Sacher, Silvina Bacigalupo e Lourdes Baza. *In: Derecho Penal y Criminología*, v. 25, n. 76, 2004.

SILVA, Luiz Felipe Carvalho. **As perspectivas de aplicação do acordo de não persecução na Justiça Militar da União**. *In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coordenadores). Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 239–262.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal**: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. *In: Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, n. 34, 2017, p. 35–50.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Acordo de não persecução penal**: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília: Fundação Escola, 2019.

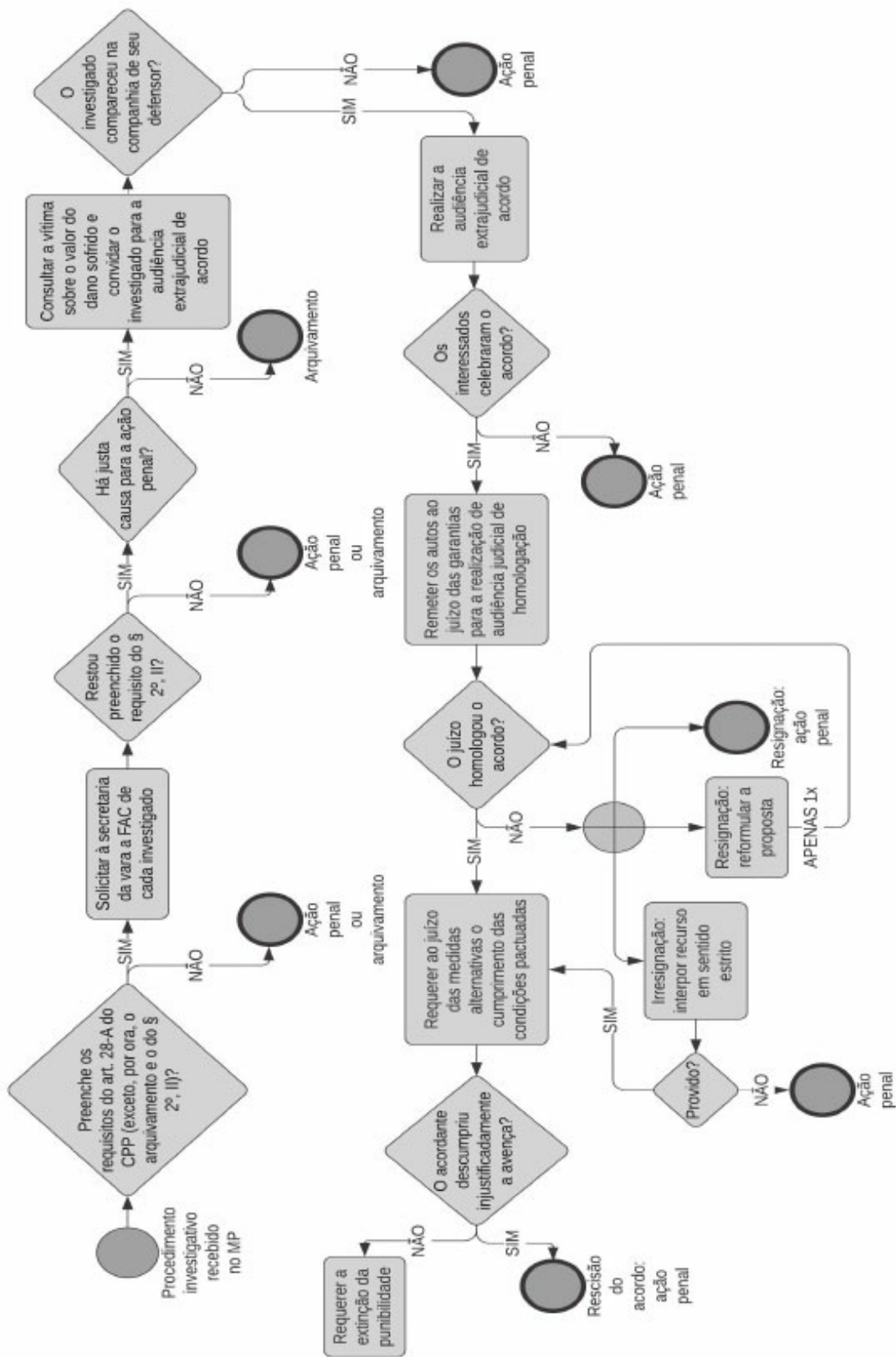
SOUSA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil**. Salvador: JusPodivm, 2019.

SOUZA, Renee do Ó. **O acordo de não-persecução penal nos crimes funcionais**. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-12/opinioao-acordo-nao-persecucao-penal-crimes-funcionais>. Acesso em fev. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**: parte geral. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

Anexos

Fluxograma: imagem ampliada e girada



Artigo 18 da Resolução n.º 181/2017 do CNMP, com a redação dada pela Resolução n.º 183/2018, também do CNMP

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018) I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018) II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018) III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018) IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018) V - cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018) § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018) I - for cabível a transação penal, nos termos da lei; (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018) II - o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

(Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) III - o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei n.º 9.099/95; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) IV - o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) V - o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) VI - a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) I - oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) II - complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) III - reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) IV - manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de

2018) § 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) § 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

Artigo 28-A do Projeto Anticrime

Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado circunstanciadamente a prática de infração penal, sem violência ou grave ameaça, e com pena máxima não superior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena máxima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º Não será admitida a proposta nos casos em que:

I - for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - for o investigado reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas; III - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º O acordo será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação, prevista no § 5º.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo tratado neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso III do §2º.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. Não corre a prescrição durante a vigência de acordo de não-persecução.

Artigo 28-A do Projeto de Segurança Pública

Art. 28-A. Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V - cumprir por prazo determinado outra condição indicada pelo Ministério Público, nas hipóteses previstas nos artigos 318, 319 e 320 do Código de Processo Penal, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º Não será admitida a proposta nos casos em que:

I - for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; II - o crime for hediondo ou equiparado (Lei 8.072/1990), de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores (Lei n. 9.613/1998), praticado por funcionário público contra a administração pública (Código Penal, Título XI, Capítulo I) ou nos casos de incidência da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006; III - o crime for praticado por militar e afete a hierarquia e a disciplina das Forças Armadas ou Polícias Militares; IV - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; V - ter sido o agente beneficiado

anteriormente, no prazo de cinco anos, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; VI - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de defensor.

§ 4º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 5º Tratando-se de prisão em flagrante delito, o acordo poderá ser proposto e submetido a homologação judicial na audiência de custódia.

§ 6º Realizado o acordo, os autos serão submetidos ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade, voluntariedade e adequação ao caso concreto.

§ 7º Se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta de acordo de não persecução, com concordância do investigado e seu defensor; § 8º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo competente, suspendendo-se a prescrição nos termos do art. 116, III do Código Penal.

§ 9º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação, prevista no § 7º.

§ 10 Recusada a homologação, o juiz fará remessa dos autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento de denúncia.

§ 11 A vítima será comunicada da homologação do acordo por qualquer meio idôneo.

§ 12 Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá comunicar o juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 13 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado

também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 14 A imposição de sanção tratada neste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no inciso V, do § 2º; cumprido integralmente o acordo, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.